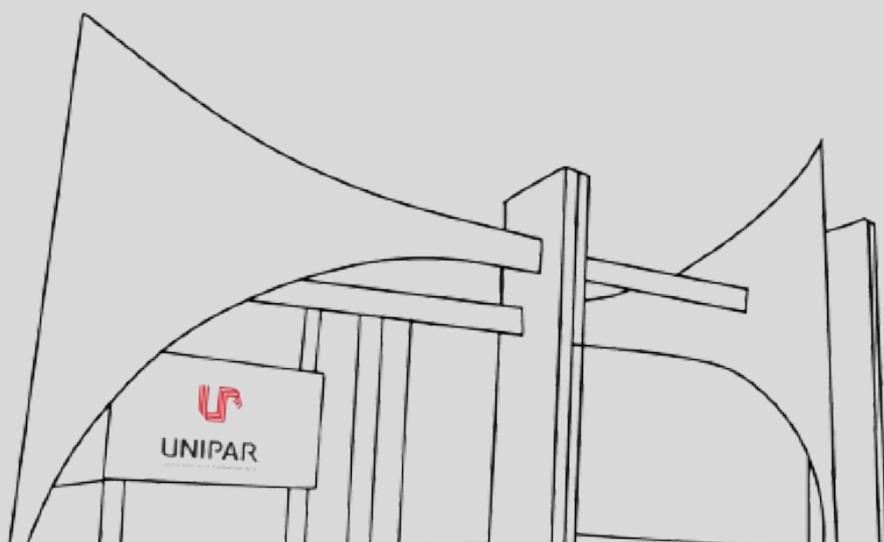




**UNIPAR**  
UNIVERSIDADE PARANAENSE

**REVISTA DE  
CIÊNCIAS**

# JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR



VOLUME 27 | EDIÇÃO Nº 2 | JUL./DEZ. 2024

ISSN 1982-1107



UMUARAMA-PR





# **REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR**

[ v. 27, n. 2, 2024 ]

Umuarama – PR | ISSN 1982-1107



**REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR**  
ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE PARANAENSE

UNIVERSIDADE PARANAENSE

ESTRUTURA ADMINISTRATIVA

<b>Reitor</b> Carlos Eduardo Garcia	<b>Cianorte</b> Bruno Oliveira
<b>Diretoria Executiva</b> Artur Nappo Dalla Libera	<b>Paranavaí</b> Claudete Werner
<b>Diretoria de Educação</b> Luiz Roberto Prandi	<b>Cascavel</b> Raphael Sahd
<b>Gerência Geral <i>Strito sensu</i> e Pesquisa</b> Daniela Dib Gonçalves	<b>Toledo</b> Robson Recalcatti
<b>Gerência Geral de Extensão Acadêmica</b> Ana Carolina Zaze	<b>Francisco Beltrão</b> Claudemir José de Souza
<b>Diretores Gerais de <i>Campus</i></b> <b>Umuarama – Sede</b> Evellyn Claudia Wietzikoski	<b>Guaíra</b> Daniele Garcia

Dados Internacionais de catalogação na Publicação (CIP)

R454 Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR / Universidade Paranaense. – Vol. 1, no. 1 (jul./dez. 1998). – Toledo : UNIPAR, 1998 - v.; 21cm.

Semestral

Descrição baseada em: Vol. 10, no. 1 (jan./jun. 2007).

ISSN 1516-1579

ISSN 1982-1107 on-line

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Paranaense.

(21 ed) CDD: 340

Bibliotecária Responsável  
Regiane Luiza Campaneli  
CRB 9/2194

## **REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR**

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE PARANAENSE

### **EDITOR-CHEFE**

Diego Bianchi de Oliveira, Universidade Paranaense, Brasil

### **CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Dr. Albino Gabriel Turbay Junior, Universidade Estadual do Paraná – Brasil  
Prof. Dr. Alfonso de Juliosm, Universidad de Sevilla (US) - Espanha  
Prof. Dr. Amós Arturo Grajales, Universidad de San Andres – Argentina  
Prof. Dr. Ángel Pastrana Tinoco, Universidad de Sevilla – Espanha  
Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux, Universidade Federal do Espírito Santo – Brasil  
Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula, Universidade Paranaense – Brasil  
Profa. Dra. Priscila Machado Martins, Universidad de Los Andes – Chile  
Prof. Dr. Ricardo Guilherme S. Corrêa Silva, Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - Brasil  
Profa. Dra. Suelen Carls, Bournemouth University - Reino Unido

### **AVALIADORES AD HOC**

Prof. Dr. Adam Luiz Claudino de Brito, Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil  
Profa. Dra. Adriana Vieira da Costa, Universidade Federal de Rondônia – Brasil  
Prof. Dr. Adriano Fernandes Ferreira, Universidade Federal do Amazonas – Brasil  
Prof. Dr. Alejandro Knaesel Arrabal, Universidade Regional de Blumenau – Brasil  
Profa. Ma. Alessandra Queiroz Russell, Bournemouth University - Reino Unido  
Profa. Ma. Aline Trindade do Nascimento, Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil  
Profa. Ma. Anna Paola de Souza Bonagura, Universidade Presbiteriana Mackenzie – Brasil  
Prof. Dr. Antonio de Pádua Notariano Junior, Faculdade de Direito de Sorocaba – Brasil  
Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal do Rio de Janeiro – Brasil  
Prof. Dr. Bruno Garcia Redondo, Universidade Federal do Rio de Janeiro – Brasil  
Prof. Dr. Claudio Ianotti da Rocha, Universidade Federal do Espírito Santo – Brasil  
Profa. Dra. Cristiani Fontanela, Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Brasil  
Prof. Dr. Danilo Lovisaro do Nascimento, Universidade Federal do Acre – Brasil  
Prof. Dr. Fábio André Guaragni, Centro Universitário Curitiba – Brasil  
Prof. Me. Fabrício Carlos Zanin, Universidade Federal do Norte do Tocantins – Brasil  
Prof. Dr. Felipe Rodolfo de Carvalho, Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil  
Prof. Dr. Felipe Borring Rocha, Universidade Federal do Rio de Janeiro – Brasil  
Prof. Dr. Francisco das Chagas Sampaio Medina, Universidade de Fortaleza – Brasil  
Profa. Dra. Gissele Chapanski, Centro Universitário Santa Cruz – Brasil  
Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Universidade Federal de Lavras – Brasil  
Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz, Universidade Estadual de Maringá – Brasil  
Prof. Dr. João Paulo Rocha Miranda, Universidade Federal do Pampa – Brasil  
Prof. Dr. José Henrique Mouta Araujo, Centro Universitário do Estado do Pará – Brasil  
Profa. Dra. Juliana Monteiro Pedro, Universidade Federal do Amapá – Brasil  
Profa. Dra. Kelly Lissandra Bruch, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil  
Profa. Ma. Laura Mallmann Marcht, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai – Brasil  
Prof. Dr. Luiz Guilherme Pennacchi Delloro, Universidade Presbiteriana Mackenzie – Brasil  
Prof. Dr. Manuel Caleiro, Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Brasil  
Prof. Dra. Marisa Rossignoli, Universidade de Marília – Brasil  
Prof. Dr. Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski, Universidade Estadual de Maringá – Brasil  
Prof. Dr. Nério Andrade de Bida, Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Brasil  
Prof. Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil  
Prof. Dr. Rodrigo Roger Saldanha, Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Brasil  
Prof. Dr. Vinicius Silva Lemos, Universidade Federal do Acre – Brasil  
Prof. Me. Zulmar Duarte de Oliveira Junior, Universidade do Sul de Santa Catarina – Brasil

### **BIBLIOTECÁRIA**

Regiane Luiza Campanelli

### **EDITORIAÇÃO**

**Departamento de Editoração e  
Divulgação Científica – DEDIC**

Marcos Antonio Ribeiro Pereira

### **Qualis CAPES 2017-2020**

A4

### **ENDEREÇO POSTAL**

Universidade Paranaense – UNIPAR  
Gerência Geral *Stricto sensu* e Pesquisa  
Praça Mascarenhas de Moraes, 4282  
CEP: 87502-210 – Umuarama – PR – Brasil  
E-mail: [rcjuridica@unipar.br](mailto:rcjuridica@unipar.br)

### **Indexadores**

<https://www.revistas.unipar.br/index.php/juridica/indexing>

# SUMÁRIO

## ARTIGOS

<b>LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ E O ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	307
Fabiola Rimoli   Vanessa Alves Aragão	
<b>ATIVISMO JUDICIAL, BACKLASH E MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL: RESISTÊNCIA E REPERCUSSÕES</b> .....	325
Rodrigo de Lima Leal   Jean Mallmann   Luiz Felipe	
<b>UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO STF E OS CONTORNOS DADOS À ADI 6298: UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL?</b> .....	345
Ana Julia Pozzi Arruda   Mariana Delgado Britez Rigacci	
<b>EMPIRICAL ANALYSIS OF FACTORS INFLUENCING THE GRANTING OF PRELIMINARY INJUNCTIONS IN PERNAMBUCO'S FEDERAL COURT</b> .....	365
Renan Francelino Silva   Rafael Cândido Silva   Camila Oliveira   José Mário Gomes Neto	
<b>SUSTENTABILIDADE ENERGÉTICA E PRODUÇÃO DE CRIPTOMOEDAS</b> .....	385
Alejandro Knaesel Arrabal   Ubirajara Martins Flores   Davi Tiskoski Serratine	
<b>LOOT BOXES EM JOGOS ELETRÔNICOS UTILIZADOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DESAFIOS E IMPLICAÇÕES SOB O ECA E A LGPD</b> .....	409
Elan Fernando Campelo dos Santos   Anamaria Sousa Silva	
<b>DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET: A EXPOSIÇÃO DE CRIADORES DE CONTEÚDO NA PLATAFORMA DIGITAL DO TIKTOK</b> .....	427
Yanka dos Santos Pinto   Rafael Fonseca Ferreira	
<b>SEGURANÇA E PREVENÇÃO NO VAZAMENTO DE DADOS NO CDC E NA LGPD</b> .....	447
Ricardo Morishita   Nyvea Lourenço	
<b>PRINCÍPIO <i>PRÓ MISERO</i> E SUA APLICAÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR RURAL</b> .....	467
Luiz Fernando Mingati	
<b>CUIDADOS PALIATIVOS: ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA1</b> .....	493
Sílvia Maria Correia Vieira   Guilherme Camargo Massaú   Máira Vieira	
<b>OS COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS E O IMPACTO AMBIENTAL VEICULAR: A SAÚDE PÚBLICA EM RISCO</b> .....	511
Carlos Eduardo Malinowski	
<b>A FORMAÇÃO DOS NOVOS JURISTAS NO CARIRI E CENTRO-SUL CEARENSE: CAMINHOS PARA ALÉM DO POSITIVISMO</b> .....	533
Ramiro Ferreira de Freitas   Antonio Victor de Melo Soares	
<b>OS PRAZOS DE VIGÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO: O CONFLITO ENTRE A LINDB E A LEI COMPLEMENTAR N° 95</b> .....	551
Alexandre Walmott Borges   Moacir Henrique Júnior   Nery dos Santos de Assis	
<b>A BUSCA DE NOVAS FORMAS DE VIDA NO CORPO TRANSEXUAL: O QUE PODEMOS APRENDER COM FOUCAULT NA ANÁLISE DA EPISTEMOLOGIA ANTIGA?</b> .....	571
Claudio Noel De Toni Junior	
<b>DIREITO E ECONOMIA: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL-ANPP COMO INSTRUMENTO CONSEQUENCIALISTA DE GESTÃO PROCESSUAL EM ESTÍMULO À SEGURANÇA PÚBLICA</b> .....	593
Emerson Ademir Borges de Oliveira   Lidiane da Cruz Garcia   Jaqueline Maria Ryndack	

Recebido em: 07/08/2024

Aceito em: 16/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11503



## LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ E O ACESSO À JUSTIÇA

### LITIGATION IN BAD FAITH AND ACCESS TO JUSTICE

*Fabiola Rimoli*

Doutoranda em Direito pela FADISP,  
Mestre em Direito Constitucional  
Econômico pela Unialfa. Assessora  
jurídica de Desembargador no TJGO.  
[ffabipg@hotmail.com](mailto:ffabipg@hotmail.com)

<https://orcid.org/0000-0000-0000-0001>

*Vanessa Alves Aragão*

Doutoranda em Direito pela FADISP,  
Mestre em Direito Constitucional  
Econômico pela UNIALFA, Especialista  
em Direito Processual Penal e Ciências  
Criminais, pela ESMEG, e Bacharel em  
Direito, pela UFG. Assessora Jurídica  
de Desembargador no TJGO.

[va.aragao@hotmail.com](mailto:va.aragao@hotmail.com)

<https://orcid.org/0000-0000-0000-0001>

**RESUMO:** A proteção da prática advocatícia e a garantia do acesso à justiça devem ser preservadas para vedar abusos, em regra, de demandadas na litigância predatória, preservando assim, a prestação jurisdicional, especialmente na era moderna com o incremento do acesso à internet e realização de contratos eletrônicos. Exigindo assim, a modernização do Direito com o surgimento e a necessidade da regulação da área digital, que deverá se fazer acompanhar não só de conhecimentos técnicos, como também da boa-fé processual, principalmente dos advogados, sob pena de sofrerem com maior rigor para realizarem a comprovação dos requisitos da petição inicial, como já estudado no Tema de nº 1198 do STJ.

**PALAVRAS-CHAVE:** Litigância; Má-fé; Direito Digital; Acesso à Justiça.

**ABSTRATC:** The protection of legal practice and the guarantee of access to justice must be preserved to prevent abuses, particularly in cases of predatory litigation. This preservation ensures the provision of jurisdiction, especially in the modern era with increased internet access and the execution of electronic contracts. This scenario demands the modernization of law with the emergence and necessity of regulating the digital area. Such regulation should be accompanied not only by technical knowledge but also by procedural good faith, especially from lawyers. Failure to adhere to these principles could result in stricter scrutiny in proving the requirements of the initial petition, as already studied in Topic 1198/STJ.

**KEYWORDS:** Litigation; Bad Faith; Digital Law; Access to Justice.

**Como citar:** RIMOLI, Fabiola; ARAGÃO, Vanessa Alves. Litigância de Má Fé e o Acesso à Justiça. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 307-323, 2024.

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inaugurou-se a constitucionalização do Direito, sendo que as relações jurídicas, tanto públicas como privadas, passaram a impor o respeito aos princípios e as normas que engendram direitos fundamentais (Souza, 2021).

O Direito Processual Civil é regido pelo Princípio da Boa-fé Processual, que determina que todos os sujeitos do processo possuem a responsabilidade de portarem-se de acordo com a boa-fé objetiva. A litigância de má-fé, por sua vez, consiste em exercer abusivamente os direitos processuais.

A boa-fé pode ser compreendida e associada a uma percepção subjetiva, direcionada a estimar se o sujeito que atua na esfera jurídica o faz com intenções boas, ou no mínimo, sem más intenções, sem o objetivo específico de prejudicar (Cordeiro, 2017, p. 53-283).

Entre as normas processuais fundamentais pautadas pelo Código de Processo Civil, prevê-se a boa-fé processual objetiva no artigo 5º, recebendo grande destaque em razão de sua integral concretização exigir uma releitura da estrutura do processo e da forma de prestação da jurisdição civil historicamente adotada em nosso país, valendo mencionar que esta temática impacta de maneira relevante o exercício das partes no decorrer da relação processual, principalmente no que tange ao papel do magistrado. Ademais, nota-se que a boa-fé processual deixou de ser compreendida apenas como um ponto de referência, com o objetivo de impor sanções a comportamentos processuais apontados como má-fé, para passar a constituir o pressuposto geral de conduta de todos os sujeitos do processo, a ser averiguado em todos os atos por estes praticados. Diante desta visão, Cabral (2005) elucida:

(...) a chamada boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, voltada para a proteção às expectativas de que os demais membros do conjunto social nutrem de todos nós. Vale dizer, protegem-se os interesses do alter, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que legitimamente é esperado de cada parte. É a idéia de um “arquétipo moral”, passando a proteção processual da boa-fé, nos dias de hoje, da tradicional e insuficiente tutela subjetiva da vontade para a necessária tutela objetiva da confiança. Permite-se, portanto, com a sedimentação do conceito de boa-fé processual objetiva, a responsabilização por atos

contrários à boa-fé processual sem qualquer consideração quanto à má-fé e ao dolo das partes e seus procuradores.

Deste modo, é possível compendiar o teor normativo do princípio da boa-fé processual objetiva como um dever ou cláusula geral para a proteção da confiança, na esfera processual (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2024, p. 151). No mesmo sentido, Fredie Didier ressalta que “a vinculação do Estado juiz ao dever de boa-fé nada mais é do que reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança.” (Didier Júnior, 2009, p. 35-48)

Logo, embora a prática da boa-fé ao longo do processo seja antiga e cotidiana, tanto que possui regramento no Código de Processo Civil, nos artigos 79 a 81, ganhou destaque na vida moderna devido ao aumento do acesso à justiça decorrente do incremento da realização de contratos eletrônicos.

O Código partiu da ideia de que as partes em conflito, além do interesse material da declaração de seus direitos, exercem também importante função de colaboração com a justiça no sentido da reta aplicação da ordem jurídica. Esses princípios éticos aparecem realçados em diversas passagens do Código, como por exemplo, no rol dos deveres, na definição do litigante de má-fé, na responsabilidade por dano causado pelo processo, na enumeração dos atos atentatórios à dignidade da justiça, dentre outros. (Graco Filho, 2013, p. 136)

Os contratos eletrônicos são aqueles acordos celebrados com a intermediação feita por meio da internet, geralmente à distância. Ocorre que, a maior diferença entre os contratos eletrônicos e os convencionais é a forma como será comprovada a sua existência.

No contrato tradicional, geralmente existe um documento escrito e assinado pelas partes envolvidas, enquanto nos eletrônicos, por sua vez, pode ou não haver esse instrumento assinado, sendo muito comum que as operações sejam confirmadas através de clicks em botões, envio de valores em dinheiro por sistemas eletrônicos ou pagamento com cartão de crédito, como também a assinatura eletrônica mediante captura de selfie.

Os contratos eletrônicos mais corriqueiros atualmente são aqueles que envolvem empresas e consumidores. A empresa apresenta um produto ou

serviço, e o consumidor interessado realiza a contratação e o pagamento pela internet, como por exemplo: assinaturas de revistas, podcasts e portais de conteúdo; compra de aplicativos, jogos e outros tipos de software; compra de produtos em lojas virtuais, como eletrônicos e eletrodomésticos; compra de serviços como transporte particular em veículos, passagens aéreas, dentre outros.

Essa nova sistemática culminou na tese firmada no julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.846.649/MA do STJ<sup>1</sup> com o Tema de nº 1036, no sentido de que cabe à instituição financeira, ré ou apelada, o ônus de comprovar que o contrato impugnado foi firmado pelo consumidor. Assim, segue:

Na hipótese em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante em contrato bancário juntado ao processo pela instituição financeira, caberá a esta o ônus de provar a autenticidade (CPC, arts. 6º, 369 e 429, II).

(...) O Tribunal de origem, em consonância com a proposta ora apresentada, entendeu que, nas hipóteses em que o consumidor impugnar a autenticidade da assinatura aposta no instrumento de contrato acostado no processo, cabe à instituição financeira o ônus de provar essa autenticidade, o que justifica a sua manutenção e o desprovimento do recurso especial.

Nesse contexto, visando solucionar questões decorrentes dos contratos eletrônicos, surgiu o Direito Digital, de forma que devem os advogados exercerem um papel fundamental no esclarecimento de seus clientes, para assim, conhecerem de maneira clara seus direitos, bem como contratarem de forma mais segura na internet.

Todavia, ao contrário tem desaguado milhares de ações no Poder Judiciário, e em muitos casos se questiona a litigância de má-fé dos patronos,

---

<sup>1</sup> A referida decisão se trata da distribuição do ônus da prova nos casos que envolvem contratos bancários, peculiarmente quando o consumidor contesta a autenticidade de sua própria assinatura no contrato apresentado pela instituição financeira no processo judicial, evidenciando que a relevância dessa informação se encontra na aplicação dos princípios processuais e das regras do Código de Processo Civil, que determinam que cabe à parte que alega um fato, provar sua veracidade. Nesse sentido, o Tribunal Superior de Justiça (STJ), por meio do Recurso Repetitivo nº 1.846.649/MA, estabeleceu uma orientação jurisprudencial de que é responsabilidade da instituição financeira provar a autenticidade da assinatura dos consumidores nos contratos contestados supraditos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Recurso Repetitivo nº 1.846.649/MA, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/11/2021, DJe de 9/12/2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1061&cod\\_tema\\_final=1061](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1061&cod_tema_final=1061)>. Acesso em: 12 jul. 2024.

merecendo destaque o Tema de nº 1198 do Superior Tribunal de Justiça, ainda em julgamento.

## **1 O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

Insta esclarecer que o acesso à justiça urgiu com a Constituição de 1946, a qual não poderia elidir do poder judiciário qualquer dano ao direito individual. Todavia, este direito não se fez realidade para o povo brasileiro, então, somente em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, fora consagrado de forma expressa o princípio do acesso à justiça, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, como um direito fundamental de todos os cidadãos e estrangeiros que residem em nosso país (Cappelletti, 1988, p. 12).

Neste sentido, Cândido Dinamarco (2009, p. 21-22) leciona:

A grande lição a extrair da obra de Cappelletti é a de que o acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo. De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um princípio síntese e o objetivo final, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos. Que toda causa seja conduzida e decidida por um juiz natural; que o juiz seja imparcial e trate as partes e suas pretensões de modo isonômico; que todo processo seja realizado com a marca da publicidade; que os litigantes tenham amplas oportunidades de defesa de seus interesses conflitantes legitimando mediante sua participação em contraditório o provimento que o juiz proferirá afinal; que lhes seja franqueado o direito à prova ou, mais amplamente, o direito ao processo como meio eficaz da defesa de seus direitos e interesses; que toda experiência processual se desenvolva com plena observância dos preceitos e regras inerentes ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa (due process of law) etc. esses são os modos pelos quais, segundo a experiência multissecular, com mais probabilidade, se poderá propiciar a quem tiver razão o efetivo acesso à justiça.

Certamente, o acesso à justiça não deve ser compreendido somente com o acesso ao Poder Judiciário, mas sim, como o acesso a uma ordem jurídica que gera resultados ao indivíduo e socialmente probos através da prestação jurisdicional eficiente.

Frisa-se que, apesar da essência deste princípio remeter a esse entendimento, na prática torna-se possível averiguar que é o sistema judiciário do país que luta frente aos problemas como atrasos nos processos e

a carência de recursos consentâneos. Assim, tais questões logram-se em constante debate e são instrumento de reformas, bem como de medidas de aperfeiçoamento para assegurar a efetividade do sistema judiciário nacional (Muller, 2006, p. 156).

Importa questionar então, se o caminho para este aprimoramento vem sendo percorrido, o que se pode fazer e o que se pode fazer para a melhora da prestação jurisdicional. É evidente que as respostas ainda não apresentam resultados satisfatórios. No entanto, vale salientar que atualmente faz-se clara a presença dos fundamentos democráticos do processo, especialmente a presença dos princípios constitucionais do processo que acatou diretrizes importantíssimas no que tange a ampliação ao acesso à Justiça, garantindo o amplo contraditório e o livre exercício do direito de defesa, a vedação do entranhamento de provas ilícitas, tutelando assim, a duração razoável do processo, considerando desta forma, a efetividade da prestação jurisdicional.

Desta forma, de acordo com Nunes (2017, p. 62-63), torna-se vital distinguir a eficiência quantitativa da eficiência qualitativa à luz de um modelo constitucional de processo:

A estruturação de um processo necessita ser realizada atendendo a um conjunto de princípios e regras processuais constitucionais dinâmicos: o denominado modelo constitucional de processo. Tal modelo constitucional de processo possui três características:

- expansividade: os procedimentos jurisdicionais singulares, fixados pelo legislador ordinário, têm sua fisionomia determinada e dimensionada pelo modelo constitucional;
- variabilidade: o modelo garante a construção de procedimentos adequados à situação de aplicação concreta dos direitos (processo adaptado a cada litígio ou espécie de litigiosidade);
- perfectibilidade: o modelo constitucional pode ser aprimorado pelo legislador ordinário, com ampliação (nunca diminuição) das garantias processuais ofertadas por ele.

Assim, observa-se que este modelo constitucional estuda a propositura de uma filtragem de interpretação constitucional do sistema processual brasileiro a fim de todos os atos ocorrerem de acordo com os princípios e normas abarcadas no texto constitucional, lembrando que em nosso país, predomina a perspectiva da eficiência quantitativa que objetiva a produtividade e celeridade processual.

Sob a ótica de Kim Economides (1999, p. 248), o acesso à justiça destinado aos advogados não serve apenas como um mecanismo para

postular em nome de seus clientes, mas abarca uma nova concepção de Justiça que se almeja entregar:

A chave para se entender a natureza do acesso aos serviços jurídicos é perceber o problema em termos tridimensionais, a partir da compreensão simultânea de três elementos: a) a natureza da demanda dos serviços jurídicos; b) a natureza da oferta desses serviços jurídicos; e c) a natureza do problema jurídico que os clientes possam desejar trazer ao fórum da justiça.

(...) A natureza e o estilo dos serviços jurídicos oferecidos são, portanto, fatores cruciais que influenciam, quando não determinam, a mobilização da lei.

(...) Como a oferta de serviços jurídicos não é controlada apenas pelos profissionais privados, existem substanciais ou centrais oportunidades para os governos centrais ou locais, ampliarem o escopo dos serviços jurídicos estatais de modo a preencher os espaços vazios deixados pelo mercado.

Neste seguimento, ao propor a denominada “Quarta Onda” Kim Economides ressaltou a importância de uma análise sobre a construção de Justiça e da estruturação da educação jurídica dos operadores de Direito que trabalharão com os procedimentos, com a normatividade e com a organização judiciária.

Em síntese, o sistema judiciário do Brasil passou por inúmeras mudanças ao longo do tempo e ainda necessita passar por mais, desde a criação do Superior Tribunal de Justiça até a instituição do Conselho Nacional de Justiça. Tais transformações vislumbram aperfeiçoar a eficiência e a qualidade da justiça no território nacional, mesmo que ainda haja desafios a serem encarados.

## **2 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

O Princípio da Razoabilidade da Duração do Processo, é um princípio jurídico constitucional que objetiva assegurar que o tempo necessário para resolver uma demanda processual, seja razoável, tanto na esfera jurídica quando na administrativa.

Nesse sentido, entende Fábio Caldas de Araújo (2023, p. RB-1.13) que:

A duração razoável do processo traz a noção de proteção jurídica efetiva (effektiver Rechtsschutz). A celeridade como princípio constitucional foi inserida com a Emenda Constitucional 45/2004, por meio da inclusão do inciso LXXVIII junto ao art. 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração

do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Como restou demonstrado pelo dispositivo da Corte Europeia, o lapso temporal de duração do processo não é uma preocupação exclusiva de nosso sistema. O CPC de 2015 incorporou o princípio constitucional como regra processual no art. 4º: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa – o que consiste em reforço e alerta quanto à importância do tempo no processo.

Por meio desse princípio, busca-se garantir que o tempo que um processo leva para sua conclusão seja apropriado, considerando seu grau de complexidade em particular, o número de partes envolvidas e observância do contraditório e da ampla defesa.

Canotilho (2018, p. 2.914) destaca sobre este princípio que:

Assim, o constituinte de então criou um verdadeiro “direito ao rápido andamento dos processos”, embora se tenha referido algo impropriamente aos feitos em tramitação “nas repartições públicas”. Naturalmente, essa norma é apenas um embrião da moderna noção de razoável duração dos processos. De toda sorte, é um precedente interessante, especialmente porque considerou a celeridade dos processos como direito individual do cidadão.

Importante mencionar que o prazo razoável e a celeridade do processo não são termos sinônimos, visto que a celeridade se refere à velocidade na tramitação processual, e a razoabilidade do prazo, envolve uma averiguação mais ampliada, no que tange necessidade de um tempo apropriado para a instrução do caso em concreto, assegurando a entrega de uma decisão justa e fundamentada (Costa; Lins; Silva, 2023, p. 141).

Isto posto, é possível compreender que o Princípio da Razoabilidade da Duração do Processo, tem o escopo de assegurar que os processos sejam concluídos em um prazo pertinente, evitando a demora excessiva e a violação dos direitos das partes que nele constam, encontrando o equilíbrio na eficiência para a devida apreciação das questões contidas no interior dos autos (Peters, 2007).

### **3 DEMANDA PREDATÓRIA, REPETITIVA, DE MASSA E O TEMA DE N° 1198 DO STJ**

As demandas predatórias, importam a ações judiciais que são ajuizadas em grande volume e em diversas varas ou comarcas, na maioria das vezes com o escopo de sobrecarregar o sistema jurisdicional ou lucrar

benesses financeiras de maneira abusiva. Estas demandas são altamente prejudiciais, vez que atrapalham a garantia constitucional de acesso à justiça e causam impactos negativos na administração da justiça.

Diante deste cenário, Barros e Ferreira (2023) elucidam sobre as demandas predatórias:

Trata-se de uma estratégia processual que busca obter vantagens incompatíveis, atrasar ou confundir o andamento do processo, ou mesmo causar prejuízos financeiros ou morais ao adversário sem uma causa legítima ou justificável. A industrialização das demandas, combinada com o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9099/95, que na maioria das vezes deixam as empresas "escravas do rito", contribuem maciçamente para a consecução da prática predatória.

Em consonância, Sá (2022) explica:

As demandas tidas como predatórias são as ações ajuizadas em massa, em grande quantidade e, geralmente, em várias comarcas ou varas, sempre com um mesmo tema, com petições quase todas idênticas, onde apenas o nome da parte e o endereço são modificados e, prioritariamente, estão vinculadas a demandas consumeristas. Tais demandas são caracterizadas ainda pela ausência de alguns documentos, a exemplo de comprovante de residência ou ainda da relação jurídica contestada, o que dificulta a análise do seu caráter predatório e, não raro, sem o conhecimento das partes autoras, além da captação ilegal de clientes. As demandas predatórias, em razão das características acima mencionadas, trazem diversas consequências para o Poder Judiciário, entre elas, o aumento exacerbado do número de processos nas unidades judiciais e, em consequência, um tempo maior de tramitação.

A litigância predatória do presente estudo, refere-se à “demanda agressora”, também conhecida como “litigância artificialmente criada”, de forma que não se confunde com litigância de massa, tampouco com litigância repetitiva.

Neste sentido, Silva e Mezzaroba (2024, p. 2) explicam:

(...) litigância predatória, que apesar da ausência de um conceito doutrinário concreto, refere-se a uma manifestação de abuso do direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV da CRFB/1988), ocorrendo a judicialização de demandas em massa de conflitos que poderiam ser resolvidos administrativamente. No entanto, são fomentados e levados ao judiciário por meio de ações com petições genéricas e um acervo probatório mínimo, ou de forma fraudulenta com petições artificiais, visando um ganho indevido.

(...) Tais ações possuem maior incidência no âmbito consumerista, ligadas às relações contratuais em instituições financeiras e empresas de telefonia, onde muito se discute a relação jurídica e débitos oriundos de descontos indevidos e inscrição indevida em cadastros de inadimplentes.

Faz-se necessária a discussão do tema aludido, visto que a litigância predatória ocasiona inúmeras complicações, tanto ao poder judiciário, onde existem prejuízos na celeridade processual, cumulação de processos, e custos elevados ao erário público, como também às partes integrantes do processo.

Assim sendo, identificar demandas predatórias pode ser um procedimento complexo, entretanto, alguns sinais podem ajudar nesta busca, vez que estas demandas possuem características fraudatórias e são propostas com o objetivo de alcançar vantagens ilegítimas.

Há certos indícios de demandas predatórias que abrangem: repetição constante de casos em que um mesmo autor esteja movendo diversas demandas símiles, caracterizando assim a natureza desta; informações trazidas nos autos de maneira inconsistente, contraditória ou viciada; ausência de fundamento legal com uma base sólida ou que aleguem direitos que não existem; carência de interesse legítimo na questão debatida<sup>2</sup>.

Salienta-se, que as demandas predatórias trazem petições padronizadas com reivindicações genéricas, sem justificativas plausíveis, e que na maioria das vezes encontram-se em nome de pessoas vulneráveis, visando alcançar vantagem injusta, em ações que poderiam lograr resultados através de mediações, mas que acabam chegando nos tribunais.

Embora as práticas predatórias muitas vezes assumam dimensão massiva, não se trata de requisito essencial à configuração de litigância predatória, isto é, a litigância predatória pode se configurar em um ou alguns processos isolados.

Desta forma, frisa-se que a identificação das demandas predatórias roga uma análise cuidadosa de cada caso, e que a atuação dos profissionais

---

<sup>2</sup> Os indícios de demandas predatórias, retratados no documento do Núcleo de Monitoramento do Perfil de Demandas (NUMOPEDE) do Tribunal de Justiça do Ceará, são elementos cruciais para identificar e mitigar as práticas que impactam de maneira negativa o judiciário brasileiro. A repetição constante de demandas símiles por um mesmo autor suscita um possível abuso do direito de acesso à justiça que sobrecarrega os recursos judiciais e causa morosidade na resolução de demais casos. Igualmente, informações contraditórias dificultam a averiguação apropriada dos processos pelos magistrado. Além disso, demandas sem fundamentação jurídica constitucionais representam um desperdício de recursos judiciais do erário público, bem como do excessivo trabalho do judiciário. Ademais, a ausência de interesse legítimo nas questões debatidas leva a presença da litigância de má-fé. Portanto, identificar esses indícios de maneira primária e eficiente é vital para a promoção de uma administração da justiça equânime e acessível. NUMOPEDE, NÚCLEO DE MONITORAMENTO DO PERFIL DE DEMANDAS (PROVIMENTO Nº 13/2019/CGJCE). 2019, p.7. Disponível em: <[https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/Of.-Circ.-338-2019-CGJCE-Cartilha-NUMOPEDE\\_organized-1.pdf](https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/Of.-Circ.-338-2019-CGJCE-Cartilha-NUMOPEDE_organized-1.pdf)>. Acesso em 10 jul. de 2024.

qualificados e especializados na esfera jurídica é fundamental para tratar destas situações.

Sobreleva que o Poder Judiciário vem definindo o assédio processual como um abuso do acesso à Justiça em detrimento do ajuizamento de inúmeras ações sobre um mesmo fato ou contra um mesmo indivíduo com o objetivo de prejudicá-lo (Kleim, 2020).

Assim, traz-se a baila as palavras de Yarshell em um seminário promovido pelo STJ (2018) evidenciando os impactos causados no judiciário em razão dessa predatorialidade:

O desvirtuamento do acesso à Justiça gera prejuízos generalizados, que são suportados pelo Estado e, de forma mais ampla, por toda a sociedade. A sobrecarga do Judiciário impede que ele funcione a contento porque prejudica a qualidade e a tempestividade da prestação jurisdicional.

Neste diapasão, o conselheiro do CNJ, Vieira de Mello Filho (2022), ressaltou a relevância e pertinência do tema, o qual é um objeto das preocupações hodiernas da justiça:

Como juízes, ou nós entendemos a complexa teia de poder que pode desvirtuar o direito ou seremos reféns desse processo. Ao lado de outras práticas que violem o devido processo legal, a paridade de armas e a competição pelo mérito, a litigância predatória deve ser objeto de nossas preocupações fundamentais. Ainda mais quando se está diante de litigantes poderosos ou de causas de massas, que afetem muitas pessoas, principalmente vulneráveis, ou a própria democracia.

Assim, a expressão litigância predatória consagrou-se na prática jurisdicional e na doutrina jurídica, citada também na Recomendação nº 127/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que recomendou aos tribunais a adoção de cautelas visando coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão.

Sua ilicitude encontra-se prevista no Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por meio do Tema Repetitivo de nº 1198 do STJ, destacou-se um foco de abuso do direito de ação, tendo sido submetida a julgamento a seguinte questão:

Possibilidade de o juiz, vislumbrando a ocorrência de litigância predatória, exigir que a parte autora emende a petição inicial com apresentação de documentos capazes de lastrear minimamente as pretensões deduzidas em juízo, como procuração atualizada, declaração de pobreza e de residência, cópias do contrato e dos extratos bancários.

O recurso representativo de controvérsia é o REsp 2.021.665/MS, que fora proferido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), no qual a tese fixou que:

(...) o juiz, com base no poder geral de cautela, nos casos de ações com fundado receio de prática de litigância predatória, pode exigir que a parte autora apresente documentos atualizados, tais como procuração, declarações de pobreza e de residência, bem como cópias do contrato e dos extratos bancários, considerados indispensáveis à propositura da ação, sob pena de indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 330, IV, do Código de Processo Civil.

O Ministro Moura Ribeiro decidiu por conduzir a afetação do referido Recurso Especial como representativo da controvérsia e ressaltou possuir a Nota Técnica nº 1/2022 do Centro de Inteligência da Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (CIJEMS) registrado que, entre o mês de janeiro de 2015 e o mês de agosto de 2021, foram ajuizadas, no TJMS, 64.037 ações que tratavam sobre empréstimos consignados, e que, desta totalidade, 43,6% (27.924 ações) foram patrocinadas pelo mesmo advogado.

Nota-se que o advogado se utilizou de peças iniciais que continham uma narrativa fictícia que explanavam que a parte autora não se lembrava se havia celebrado o empréstimo suscitado nos autos, mas ainda assim, pleiteava pela declaração de sua inexistência.

Com relação ao total dos processos averiguados, a peça para ingressar não fora acompanhada do extrato bancário do período de tempo do empréstimo questionado, e a procuração possuía conteúdo generalizado, em que 99% dos casos, foi requerida a dispensa da audiência de conciliação, sendo que quase todos os autores possuíam idade avançada, um quarto não era alfabetizado, e quase um quinto se compunha de assentados, e mais de

um décimo eram indígenas. Logo, em 80% dos casos tiveram os pedidos julgados improcedentes, com estipulação de multa por litigância de má-fé à parte autora. (STJ, 2024)

O precedente a ser constituído no julgamento do Tema deve ser ampliado e condescendente de todas as possibilidades de manifestar a litigância predatória, sobretudo por ter sido afetado à Corte Especial, pois não se trata somente de analisar se o juiz frente os indícios de abuso do direito de ação (a litigância predatória) pode exigir somente a apresentação de certos documentos, mas sim, de reconhecer que no exercício do poder de cautela, positivado em lei, como densificação de princípios constitucionais, o magistrado possui o poder-dever de em face de tais indícios, deliberar a realização de quaisquer diligências que possam evidenciar a licitude, a regularidade, a necessidade e a legitimidade do acesso ao Poder Judiciário. (Moraes, 2018, p. 13-21)

Assim, a litigância de má fé se dá em exercer de forma abusiva os direitos processuais, ou seja, quando as partes utilizam-se de artifícios maquiavélicos com o objetivo de impedir a demanda de alcançar sua finalidade, sendo que em alguma vezes, tal conduta se torna mais vantajosa, custeando a própria justiça ao invés de satisfazer a pretensão da outra parte. Neste sentido, Renata Guerra (2024) afirma:

A teoria do abuso de direito, considerada a natureza jurídica do instituto da litigância de má-fé, é a manifestação, no plano fático, de um direito subjetivo exercido sem atenção a sua função social, em desconformidade com os fins a que ele se destina e com o intuito de prejudicar terceiros.

Entre os diversos estudiosos sobre a prestação jurisdicional do Poder Judiciário e de possíveis soluções para a demora contemporânea, Marcellino Júnior (2018, p. 211) adverte que há a necessidade e dever do Judiciário de deter o abuso do direito de ação, inclusive através da reflexão de normas hermenêuticas:

A necessidade de se estabelecer um critério objetivo que permita ao magistrado “filtrar” o excesso de litigância é premente. O direito de ação e o amplo acesso à justiça não podem ser utilizados como escudos para obstruir o funcionamento pleno do Poder Judiciário. A abusividade precisa ser combatida, o que poderá ser feito pelo reconhecimento da viabilidade de utilização 17 da avaliação custo-benefício no momento de acolhida da ação judicial. Esta ação

judicante passa pela hermenêutica jurídica. Por isso, o papel do magistrado nesse jogo processual também precisa ser revisto, de modo a reconhecer que o modelo tradicional hermenêutico se apresenta como insuficiente e precário para uma empreitada desse porte. A função do magistrado no acolhimento de demandas judiciais precisa ser reanalisada, e a análise econômica do Direito apresenta uma alternativa, a partir da lógica pragmática, que pode auxiliar nesse desiderato.

Dessarte, como sobrelevam Fux e Bodart (2021, p. 36), “sob uma perspectiva social, a litigância apenas é positiva quando os benefícios da mudança de comportamento pelos indivíduos forem maiores do que os recursos consumidos na operação do sistema de justiça”.

Portanto, nem todo acesso ao Poder Judiciário deve ser abstraído, cabendo ao juiz o zelo e a cautela pela regularidade do exercício do direito de ação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ambiente digital mostra-se desafiante, dada a facilidade com que se reproduz e se comunica. Os consumidores precisam ser constantemente educados e orientados a procurar ambientes virtuais seguros para celebrar os contratos eletrônicos, tendo em vista a praticidade do meio também faz com que os golpes e crimes cibernéticos sejam muito comuns, causando prejuízos financeiros relevantes às vítimas.

Revela-se de grande importância o Direito Digital e os Centros de Inteligência Artificial do Poder Judiciário para respectivamente, orientar e monitorar as práticas de abuso do direito de ação.

De um lado, a autonomia da vontade e a vida moderna permeada de contratos digitais efetuados diariamente pela internet cada vez mais acessível aos consumidores. De outro, o direito constitucional de ação.

O grande desafio será balizar o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, não como toda e qualquer provocação do Poder Judiciário, mas apenas aquelas que se fundem em lesão ou ameaça a direito efetivas, que encontrem base na realidade dos fatos, postulações decorrentes de situações que realmente precisem ser solucionadas pelo sistema de justiça, serviço público escasso e rival, dispendioso, custeado por impostos.

Torna-se imperioso assim, que no Tema Repetitivo 1198 se reconheça o poder dever do magistrado, baseando-se no poder geral de cautela, nos casos de ações com indício de prática de litigância predatória, exigindo da parte autora a apresentação de documentos atualizados considerados indispensáveis à propositura da ação e ou à demonstração da legitimidade da postulação, bem como da regularidade da representação processual, sob pena de indeferimento da petição inicial, nos termos do artigo 330, IV, do Código de Processo Civil, ou determinar com a mesma finalidade, qualquer outra diligência processualmente cabível.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

BARROS, Mariana; FERREIRA, Murilo. **Sistemática dos Juizados Especiais facilita demandas predatórias**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-30/barros-ferreira-sistemática-facilita-demandas-predatorias>. Acesso em: 13 jul. 2024.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luíz; LEONCY, Leo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil** - 2ª edição de 2018. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. P. 2914.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

**CNJ. Recomendação nº 127**, de 2020. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original17591220220217620e8cf0e759c.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024.

CNJ. **Seminário aborda impactos da litigância predatória sobre vulneráveis e sobre a democracia**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/seminario-aborda-impactos-da-litigancia-predatoria-sobre-vulneraveis-e-sobre-a-democracia/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 1983. 7. reimp. de 2017.

COSTA, Carlos Eduardo de Oliveira; LINS, Yasmin da Silva Calheiros; SILVA, Gabriela de Oliveira. **Uma análise acerca da inobservância ao direito fundamental à razoável duração do processo no processo penal: o tempo como primeira pena.** In: VII Encontro de Pesquisa Jurídica - EPEJUD 2023, Direito Fundamental à razoável duração do processo: Qual a sua Contribuição?. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 171, p. 35-48, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21-22.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI et alli (Orgs.). **Cidadania, justiça e violência.** Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. P. 248.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GRACO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 1: Teoria Geral do Processo e Auxiliares da Justiça.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Renata Moreira Sandes. O congestionamento do poder judiciário em razão da má fé. **Conteúdo Jurídico**, 2024. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/22096/o-congestionamento-do-poder-judiciario-em>. Acesso em: 28 jun. 2024.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica.** 2. ed. Florianópolis: Emais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** v. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

MULLER, Ana Cláudia Rodrigues. **O abuso do direito processual e efetividade da prestação jurisdicional.** Dissertação de mestrado. Centro Universitário Toledo Araçatuba, 2006. 156 p. Disponível em: <https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-45198/o-abuso-do-direito-processual-e-efetividade-da-prestacao-jurisdicional>. Acesso em: 15 de julho de 2024.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; RIBEIRO CAMARA, Bernardo; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual Civil** - Fundamentação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NUMOPEDE, NÚCLEO DE MONITORAMENTO DO PERFIL DE DEMANDAS (PROVIMENTO Nº 13/2019/CGJCE). 2019, p.7. Disponível em: [https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/Of.-Circ.-338-2019-CGJCE-Cartilha-NUMOPEDE\\_organized-1.pdf](https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/Of.-Circ.-338-2019-CGJCE-Cartilha-NUMOPEDE_organized-1.pdf). Acesso em 10 jul. de 2024.

PETERS, Adriana Salgado. **O Direito à Celeridade Processual à Luz dos Direitos Fundamentais**. Dissertação de Mestrado. Programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/7623/1/Adriana%20Salgado%20Peters.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024

SÁ, Acácia Regina Soares de. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Litigância predatória compromete garantia constitucional**, 2022. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2022/litigancia-predatoria-compromete-garantia-constitucional>. Acesso em 12 de jul. de 2024.

SILVA, Thiago Santos da; MEZZAROBA, Cristiane Dorst. A atuação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Tocantins, nas discussões acerca da chamada litigância predatória. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano 7, Vol. VII, n. 14, jan.-jun. 2024, p. 2. Disponível em: <https://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/1173/1002>. Acesso em: 12 jul. 2024.

SOUZA, Leonardo Fratini Xavier de; SIMAS, Sivonei. O princípio da boa-fé processual: reflexos de sua violação pelo exequente. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 7215-7232, jan. 2021. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/23429/18814>. Acesso em: 11 jul. 2024.

STJ. **Seminário discute impacto das ações judiciais desnecessárias na eficiência do Judiciário**, 2018. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-05-02\\_08-06\\_Seminario-discute-impacto-das-acoes-judiciais-desnecessarias-na-eficiencia-do-Judiciario.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-05-02_08-06_Seminario-discute-impacto-das-acoes-judiciais-desnecessarias-na-eficiencia-do-Judiciario.aspx). Acesso em: 12 jul. 2024.

Recebido em: 10/07/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11300



## ATIVISMO JUDICIAL, BACKLASH E MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL: RESISTÊNCIA E REPERCUSSÕES

### JUDICIAL ACTIVISM, BACKLASH AND THE TEMPORAL FRAMEWORK OF INDIGENOUS OCCUPATION IN BRAZIL: RESISTANCE AND REPERCUSSIONS

*Rodrigo de Lima Leal*

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP  
[rodrigodelimalleal@hotmail.com](mailto:rodrigodelimalleal@hotmail.com)

*Jean Karlo Woiciechoski Mallmann*

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)  
[jkmallmann@gmail.com](mailto:jkmallmann@gmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0002-3483-7381>

*Luiz Felipe Ferreira dos Santos*

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)  
[luizfelipe@sfn.com.br](mailto:luizfelipe@sfn.com.br)  
<https://orcid.org/0000-0002-1673-8398>

**RESUMO:** O Brasil passa por um momento de tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário. A jovem democracia brasileira está sendo atingida por erosões, aptas a lhe causar recuos no regime político, conforme se denota a partir do estudo da Teoria do Pêndulo Democrático, de Arthur Schelesinger Jr. Grupos políticos e parte da sociedade têm criticado decisões judiciais, em especial as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, acusando a Corte de uma postura de excessivo ativismo judicial. Exemplo dessas manifestações sociais e institucionais podem ser percebidas em casos paradigmáticos, como ocorreu no *leading case* julgado no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365/SC, que estabeleceu a definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional (Tema 1031), cuja decisão da Suprema Corte foi no sentido da inconstitucionalidade da tese do marco temporal sobre terras indígenas. O Poder Legislativo, em reação a essa decisão, aprovou a Lei nº 14.701 de 2023, que ficou conhecida como “Lei do Marco Temporal”, intensificando as tensões entre os poderes e enfraquecendo as instituições e a democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial; Backlash; Democracia; Marco Temporal de Ocupação Indígena; Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** Brazil is going through a moment of tension between the Legislative and Judiciary Powers. The young Brazilian democracy is going through moments of erosion, being in moments of retreat according to Arthur Schelesinger Jr.'s Theory of the Democratic Pendulum. Political groups and part of society have criticized judicial decisions, especially those handed down by the Federal Supreme Court, accusing them of being activists, this is what happened during the judgment of Extraordinary Appeal 1017365 (Theme 1031), which ruled that the thesis of the time frame on indigenous lands was unconstitutional. The Legislative Branch, in reaction to this decision, approved Act n. 14.701 of 2023, intensifying tensions between the powers and weakening institutions and democracy.

**KEYWORDS:** Judicial Activism; Backlash; Democracy; Temporal Framework of Indigenous Occupation; Brazilian Supreme Court.

**Como citar:** LEAL, Rodrigo de Lima; MALLMANN, Jean Karlo Woiciechoski; SANTOS, Luiz Felipe Ferreira. Ativismo Judicial, Backlash e Marco Temporal de Ocupação Indígena no Brasil: Resistência e Repercussões. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 325-344, 2024.

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o Brasil passa por recuos e erosões<sup>1</sup> na sua jovem democracia, os quais são caracterizados pelos constantes ataques às instituições.

A sociedade aponta um culpado, um inimigo ficcional (Abboud, 2022). E o escolhido foi o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, que passou a ser apontado por todas as mazelas que ocorrem no Brasil. Um dos fatores que podem ter potencializado a escolha desse “inimigo” e a disseminação massiva do sentimento negativo tenha sido o fácil acesso à comunicação; explica-se, com a era das redes sociais, quem não tinha vez nem voz passou a ter acesso a um número incalculável de ouvintes. Os filtros editoriais deixaram de existir e qualquer pessoa com acesso a um smartfone e uma rede social pode ser ouvido por uma quantidade significativa de pessoas.

Outro fator de preponderância na escolha de inimigos é a utilização de discursos incisivos (ou mesmo apelativos, ofensivos que beiram ou caracterizam-se por discurso de ódio) por parte de grandes *players* da política nacional e internacional<sup>2</sup>. Percebe-se que os agentes políticos ultrapassam o

---

<sup>1</sup> A expressão erosão democrática se refere às ameaças à democracia tradicional, com a proximidade a regimes autocráticos.

<sup>2</sup> Em estudo sobre a despolitização e o populismo, Érica Baptista, Gabriela Hauber e Maiara Orlandini traçam um paralelo entre Donald Trump e Jair Bolsonaro, em que tratam a comunicação direta entre o líder e a população, de modo que, nessa comunicação, esse líder se coloca como detentor da verdade em contraposição a uma mídia que mente. Ocorre que esse ataque não se limita à mídia, mas é direcionado também aos opositores políticos que, no caso, podem vir do Poder Judiciário (2022). Ainda, Walter Barretto Jr. compilou 1.500 frases de Bolsonaro e seus seguidores. Para o estudo aqui proposto, merecem transcrição algumas delas: “(...) [Os ministros do STF] não servem pra porra nenhuma para esse país, não têm caráter, nem escrúpulo moral. (...) O que acontece, Fachin, é que todo mundo está cansado dessa sua cara de filha da puta que tu tem, essa cara de vagabundo... várias e várias vezes já te imaginei levando uma surra, quantas vezes eu imaginei você e todos os integrantes dessa Corte (...) quantas vezes eu imaginei você na rua levando uma surra (...) Que que você vai falar? Que eu tô fomentando a violência? (...)’ Deputado Daniel Silveira (PSL-RJ). Fonte: Correio Brasiliense”; “‘Acreditem ou não, mas o STF quer acabar com o presidente, porém eles não irão conseguir por um motivo bem forte, mais da metade das cadeiras dos urubus de capa preta recebem propina (...)’ Leda Nagle, compartilhando no seu perfil do Instagram. Fonte: UOL, Notícias da TV”; “‘Presidente de El Salvador Nayib Bukele tem maioria dos parlamentares em seu apoio. Agora, o Congresso destituiu todos os ministros da suprema corte por interferirem no Executivo, tudo constitucional (...)’ Deputado Eduardo Bolsonaro (PSL-SP. Fonte: Próprio Twitter”; “‘De há muito, os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, extrapolam com atos os limites constitucionais. Na próxima semana, levarei ao presidente do Senado, Rodrigo Pacheco [(DEM-MG)], um pedido para que instaure um processo sobre ambos, de acordo com o art. 52 da Constituição Federal’ Presidente Jair Bolsonaro. Fonte: UOL.”. (2021, p. 139, 149, 153, 215).

debate institucional, de ideias, e proferem ofensas e ataques aos “adversários” políticos ou, no caso, ministros da Corte Constitucional.

Não é objeto deste estudo analisar as causas da escolha de um inimigo ficcional. Este ensaio se limitará a abordar a teoria de Georges Abboud e verificar se é legítimo tratar o Supremo Tribunal Federal como inimigo, se o julgamento do Recurso Extraordinário 1017365 (Tema 1031) tratou-se de um *backlash* e se isso é legítimo ou não à democracia.

Verifica-se que os ataques institucionais sempre vêm precedidos de decisões que alguns grupos políticos não concordam, e a ultrapassam o debate de ideias, passando a agredir as decisões proferidas, no caso pelo Supremo Tribunal Federal, intitulando-as por ativistas. Foi o que aconteceu quando do julgamento do Recurso Extraordinário 1017365 (Tema 1031), que julgou pela inconstitucionalidade da tese do marco temporal sobre terras indígenas. Essa decisão passou a sofrer ataques de membros do Poder Legislativo, que a tratavam como uma decisão ativista do Supremo Tribunal Federal.

O Poder Legislativo reagiu, atuando com o que se convencionou denominar de efeito *backlash*, aumentando as tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário no País, enfraquecendo as instituições e enfraquecendo a democracia.

Por meio do presente trabalho, busca-se analisar as consequências do efeito *backlash* degenerativo para a democracia brasileira. Para operacionalizar o objetivo geral, são utilizados como objetivos específicos: a) estudar o atual estado da democracia brasileira a partir da teoria do pêndulo democrático de Arthur Schelesinger Jr.; b) entender o conceito de ativismo judicial e o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal; c) analisar o efeito *backlash* ocorrido a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nº. RE 1017365, com Repercussão Geral (Tema 1031), que afastou a tese do marco temporal.

Foi feito um estudo baseado na pesquisa qualitativa. O método utilizado foi a análise teórico-crítica. Utilizou-se o método dedutivo, iniciando-se pela análise dos avanços e recuos na democracia até se chegar nos efeitos provocados pelas tensões entre o Poder Legislativo e Judiciário, que são

muitas vezes motivados por ataques fundamentados em um suposto ativismo judicial praticado por juízes e ministros.

A pesquisa foi dividida em três partes. No primeiro momento, apresentou-se a teoria do pêndulo democrático de Arthur Schelesinger Jr., baseada em avanços e recuos democráticos, sendo demonstrado o atual momento da democracia brasileira. No segundo momento, foi estudado o conceito de ativismo judicial, estabelecendo-se aquilo que não é ativismo, mas sim uma atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. Por fim, apresentou-se consequências desses ataques movidos ao Poder Judiciário e do efeito *backlash*, em especial quando do julgamento da tese do marco temporal indígena, à democracia brasileira.

## **1 O PÊNDULO DA DEMOCRACIA NA TEORIA DE ARTHUR SCHELESINGER JÚNIOR**

O final da década passada e início desta década foram marcados por recuos democráticos, e isso não foi característica somente do Brasil, vários países ao redor do mundo passaram por retrocessos em suas democracias.<sup>3</sup>

No Brasil, até o início da década passada, os principais indicadores democráticos demonstravam avanços, com uma consolidação e fortalecimento da democracia, no entanto, os anos que se seguiram foram caracterizados por retrocessos e ataques ao regime democrático.

Esses recuos democráticos no Brasil foram iniciados ainda no ano de 2013, quando parte da população foi às ruas protestar por melhores políticas públicas; ocorre que tais protestos foram acompanhados da hostilização de políticos e gritos pelo combate à corrupção, o que veio a dar força à Operação Lava Jato (Avritzier, 2018).

Essas manifestações tiveram continuidade nos anos seguintes, passando por manifestações em 2015, o *impeachment* da então presidente da

---

<sup>3</sup> Em estudo que se tornou referência, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018) analisam “Como as Democracias morrem” e demonstram que, se antes as democracias sucumbiam por meio de quarteladas, atualmente a derrocada democrática ocorre veladamente, quando as instituições são minadas, a tolerância mútua entre os poderes deixa de existir, assim como a contenção ou reserva institucional, a democracia corre um sério risco.

República, Dilma Roussef, e vários conflitos entre o Poder Judiciário e o Congresso Nacional.

O fenômeno de avanço democrático, experimentado até o início dos anos 2010, seguido por um posterior recuo, não é característico apenas do Brasil, tais avanços e recuos ocorrem no mundo todo.

As últimas décadas haviam sido marcadas pelo considerável e exponencial aumento daqueles países que são considerados democráticos, e isso se deu em virtude da união de vários fatores, em especial geopolíticos, podendo-se destacar a transição política dos países comunistas do Leste Europeu, o fim de ditaduras na América Latina - a exemplo do ocorrido, inclusive, Brasil, com a redemocratização principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988 -, e a democratização de vários países do continente africano (Martins, 2019).

Com isso, houve um aumento considerável dos países democráticos ao redor do mundo. O último grande avanço da democracia ao redor de todo o mundo ocorreu no início da década de 2010, com a “Primavera Árabe”, movimento de viés democrático iniciado na Tunísia em dezembro de 2010, que rapidamente se espalhou por todo o norte da África e Oriente Médio.

Porém, desde então, não só o Brasil passou por recuos democráticos, sendo verificados ao redor de todo o mundo notáveis movimentos do que pode ser considerado casos de erosão à democracia.

Pode-se destacar como países que passaram por erosões e rupturas democráticas nos últimos anos Guiné, Burquina Fasso, Gabão, Sudão, Mali, Myanmar e Chade. Em todos esses países houve uma ruptura democrática e início de regimes totalitários.

Destaque nesse período para o aumento da “anocracia”, neologismo que se refere a um regime de governo instável politicamente e marcado pela ineficácia governamental (Martins, 2019). As “anocracias” seriam intermediárias à democracia e à autocracia, isto é, está presente um regime democrático, porém, com características autocráticas.

Nada obstante, é comum que o desenvolvimento das democracias ocorra de forma cíclica, com momentos de avanços e fortalecimentos e outros de recuos e erosões (Martins, 2021).

Esses recuos democráticos ao redor no mundo, e no Brasil, podem ser explicados a partir da Teoria do Pêndulo da Democracia (Schelesinger Jr., 1999).

No livro *The Cycles of American History*, Arthur Meier Schlesinger Jr defende que fases extremamente liberais envolvem grandes esforços de reforma, que podem ser exaustivas e ocasionar retrocessos conservadores, também, os conservadores teriam vários problemas sociais, ensejando um movimento liberal, defende-se que esse ciclo é de aproximadamente 30 anos, que se trata da duração aproximada de cada geração da humanidade (Martins, 2021).

Nesse contexto de recuos democráticos, Samuel Issacharoff (2015) trata de democracias frágeis, que tem por características virem logo após um regime de exceção, clientelismo político, corrupção, partidos e instituições fracas.

O Brasil apresenta tais características, passando atualmente por um período de recuos e erosões a sua frágil democracia.

Em democracias frágeis, o Poder Judiciário possui um importante papel, pois além de garantir as regras do jogo democrático, a Justiça estatal deve garantir direitos e garantias fundamentais (Issacharoff, 2015). Nesse contexto de fragilidade democrática no Brasil foram criados “inimigos fictícios”, podendo-se citar a própria Constituição Federal, bem como o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, como veremos adiante.

## **2 ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em praticamente todos os países, seja de tradição romano-germânica (*civil law*), seja anglo-saxã (*common law*), existe um intenso debate acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário no controle de atos praticados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, quando está em jogo supostas ofensas às regras constitucionais. Discute-se sobre a legitimidade do poder de “dizer a última palavra”, dentro de um sistema de freios e contrapesos, próprio da separação de poderes e do regime democrático (*check and balances*).

O Poder Judiciário tem um forte papel de garantir as regras democráticas, e, seja em democracias fortes ou frágeis, que passam por momentos de recuos e erosões, o Poder Judiciário deve garantir o mínimo de conquistas do processo civilizatório, garantindo a aplicação de direitos fundamentais, o qual enseja num trunfo contra a maioria, mantendo as regras do jogo em pleno funcionamento, independentemente de ser a vontade de um número maior ou menor de pessoas. Logo, para garantir os direitos fundamentais, é natural que o Poder Judiciário assuma uma função de caráter contramajoritário.

Conforme Luís Roberto Barroso (2012), os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Assim, embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes (legislativo e executivo). A possibilidade de um órgão não eletivo como, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como uma dificuldade contramajoritária.<sup>4</sup>

Neste sentido, há pelo menos duas justificativas para defender a legitimidade democrática do ativismo judicial: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional, de sua vez, decorre dos próprios fundamentos do Estado Democrático, tendo em vista que a democracia não se resume ao princípio majoritário, competindo ao Judiciário proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos, velando pelas regras do jogo democrático (Barroso, 2012).<sup>5</sup> É dizer: “[...] ao juiz

---

<sup>4</sup> A expressão “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander M. Bickel (1986 p. 16), em *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, cuja 1ª edição é de 1962.

<sup>5</sup> Dirley da Cunha Jr. (2020) agrega mais um motivo para a expansão da atribuição dos Judiciário. Para ele, trata-se de uma exigência da sociedade contemporânea, que tem dele

constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático”, salvaguardando “a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático” (Barroso, 2005, p. 47). Esse é o cerne da discussão, a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Georges Abboud (2022) dedica o livro “Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional” para discutir o ativismo, mas em especial há um destaque para o ataque frequente que é praticado por toda a sociedade e por setores políticos ao poder judiciário.

Setores políticos indicam o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal como um inimigo ficcional, responsabilizando-o por todos os possíveis males que possam assolar o País.

Segundo Abboud (2022), existe um discurso extremista contrário à jurisdição constitucional contramajoritária, o qual desencadeia um verdadeiro ódio ou ojeriza pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Há uma necessidade de que se tenha um Judiciário forte em momentos de crises democráticas, para que se possa garantir direitos fundamentais, e, nesse sentido, é inegável que o Supremo Tribunal Federal no Brasil tem sido responsável por conquistas para as minorias (Abboud, 2022).

Por esse papel contramajoritário do STF, a Corte tem sido apontada como fonte de contínuo e excessivo ativismo judicial.

Porém, para que se possa fazer críticas fundadas ao Poder Judiciário, e mais propriamente à Supremo Corte brasileira, faz-se necessário entender os reais motivos desse conjecturado ativismo judicial. Há uma grande confusão no tocante ao ativismo judicial, podendo se falar que existe uma verdadeira poluição semântica, o que ocasiona uma dificuldade ainda maior de se tratar

---

reclamado um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral; e na defesa dos direitos humanos e valores substanciais, em especial. Outrossim, é de se reconhecer que a própria força normativa da Constituição depende de um controle estatal para que, no dizer de Konrad Hesse (2004), a “Constituição real” se compatibilize com a “Constituição jurídica” e assim possa se tornar “força ativa, desde que presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)” (Hesse, 2004, p. 12, grifo do autor).

do fenômeno discutido, de forma que existem setores, tanto na doutrina, como no próprio Judiciário, que defendem de maneira ostensiva o ativismo judicial, sem sequer conhecer daquilo que estão respaldando (Abboud; Mendes, 2019).

Vários são os exemplos em que há essa confusão. Para o presente trabalho, como recorte metodológico e temático, discutir-se-á especificamente o debate sobre a fixação da tese do marco temporal das terras indígenas no STF.

No Recurso Extraordinário nº 1.017.365, oriundo do Estado de Santa Catarina, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a “definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional” (Tema 1031).

O julgamento foi iniciado ainda em 2021, a partir da discussão de uma situação específica no Estado de Santa Catarina, com uma ação de reintegração de posse movida pelo referido Estado em face do povo indígena *Xokleng*.

A chamada “tese do marco temporal” defendia que os povos indígenas só pudessem reivindicar territórios que ocupavam na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro de 1988. Essa tese terminava por limitar o direito de comunidades originárias aos seus territórios, a partir de uma linha temporal que restringiria o conceito de direito tradicional à terra.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que:

[...] 4. Ao reconhecer aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, o artigo 231 tutela aos povos indígenas direitos fundamentais, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, consistir em cláusulas pétreas, anteparo em face de maiorias eventuais, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso.

5. O texto constitucional reconhece a existência dos direitos territoriais originários dos indígenas, que lhe preexistem, logo, o procedimento administrativo demarcatório não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver da comunidade.

6. A posse indígena espelha o habitat de uma comunidade, a desaguar na própria formação da identidade, à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, distinguindo-se da posse civil, de feição marcadamente econômica e mercantil.

7. A tradicionalidade da ocupação indígena abrange as áreas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, nos termos do §1º do artigo 231, sempre segundo os usos, costumes e tradição da comunidade.

8. As terras de ocupação tradicional indígena foram objeto de tutela legal desde a colônia e pelas Constituições desde a Lei Magna de 1934, razão pela qual não se justifica normativamente que a Constituição de 1988 constitua termo para verificação dos direitos originários dos índios, pois ausente fratura protetiva em relação à tutela de seus direitos territoriais, a autorizar a apropriação particular dessas áreas.

9. A proteção constitucional aos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

10. A tradicionalidade da posse indígena refere-se ao modo de ocupação da terra, de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade, demonstrada por meio de trabalho técnico antropológico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação, para determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, §1º do texto constitucional [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2023).

Essa decisão foi alvo de críticas por grupos políticos e sociais, os quais a balizaram como uma decisão ativista do Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, faz-se necessário uma apresentação conceitual do ativismo judicial para que se possa sair da penumbra que é provocada pela poluição semântica sobre o termo, tanto criticada por Abbud (2022).

Inicialmente, é interessante que se estabeleça aquilo que não é ativismo judicial, isto é, decisões legítimas e pautadas na Constituição Federal de 1988. Em primeiro lugar, o controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, quando tais atos se mostrarem materialmente ou formalmente contrários à Constituição Federal; e, em segundo lugar, a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, com o fito de proteger direitos fundamentais contra maiorias e contra o próprio Estado (Abboud, 2022).

Essa segunda situação, inclusive se trata de papel direto e típico do Poder Judiciário em tempos de crises democráticas, e parece se tratar do fundamento do Supremo Tribunal Federal na decisão que rejeitou a tese do marco temporal.

O ativismo judicial se trata, ao contrário disso, de uma suspensão daqueles pré-compromissos da ordem democrática, referentes à Constituição Federal ou às leis, pelo Poder Judiciário, cedendo lugar para critérios

subjetivos de juízes, sendo uma troca do sistema jurídico que é institucionalizado nas leis e na jurisprudência, pela ideologia, pela política, pelo senso de justiça e pelo moralismo do julgador (Abboud; Mendes, 2019).

São feitos ataques institucionais ao Supremo Tribunal Federal, sob o pretexto da tomada de decisões ativistas, com o claro objetivo de buscar o seu enfraquecimento institucional.

Outra consequência desses ataques institucionais é o surgimento de tensões entre os poderes. No caso do marco temporal das terras indígenas, meses após a decisão no RE nº 1.017.365/SC, julgado em sede de repercussão geral (Tema 1031), e que rejeitou a tese de que os povos indígenas somente pudessem reivindicar seus territórios ocupados na data de promulgação da Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 14.701, de 2023 (Lei do Marco Temporal), definindo sobre o direito dos indígenas sobre às terras tradicionais de forma oposta ao *leading case*. Cabe analisar se isso seria um possível revanchismo ou retaliação entre poderes, fenômeno descrito no direito norte-americano com o termo *backlash*, enfraquecendo a democracia; ou se, mesmo diante do conflito decisório, os atos do Poder Legislativo podem ser considerados, ainda assim, uma forma de resolução amparada nos parâmetros normais do jogo democrático.

### **3 BACKLASH E A LEI DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO INDÍGENA**

No final do ano de 2023, o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca do marco temporal indígena, conforme descrevemos no multicitado RE nº 1.017.365/SC (Tema 1031), com repercussão geral, definindo o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.

A mencionada decisão proferida pelo STF alcançou uma maioria de 9 votos contra 2, rejeitando assim a tese que propunha a definição de um marco temporal baseado na data de promulgação da Constituição de 1988. Em síntese, diante da tese rejeitada, ficou definido que não seria possível a utilização da data de promulgação da Constituição Federal de 1988

(05/10/1988) como termo final para determinar a ocupação tradicional de terras por comunidades originárias no Brasil.

Ocorre que, repise-se, meses depois do julgamento, o parlamento promulgou com vetos parciais, a Lei nº 14.701/2023, a qual ficou conhecida como “Lei do Marco Temporal das Terras Indígenas”, regulamentando “[...] o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas [...]”.

O artigo 4º da Lei 14.701/2023 utilizou justamente como marco temporal para a definição do direito dos indígenas às terras tradicionais a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, o Congresso Nacional decidiu por meio de lei federal de modo completamente antagônico àquilo que fora decidido em julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal, o que inevitavelmente gerou um ponto de atrito entre as decisões político-jurídicas tomadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

Por óbvio, é inegável que isso ocasionou o aumento de tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário, visto que meses antes da promulgação da lei, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a tese de inconstitucionalidade do marco temporal. De forma indireta, embora decorrente do processo legislativo ordinário, a definição também estabeleceu certa tensão institucional entre o Executivo e o Legislativo, visto que a presidência da República apresentou vetos, que foram rejeitados em sua maioria pelo Congresso Nacional.

Há de ser destacado que na Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, justifica a rejeição à tese do marco temporal, apresentando veto político e jurídico, isto é, fundamentando tanto na sua contrariedade ao interesse público como na sua inconstitucionalidade:

[...] [A Lei do Marco Temporal] estabelece que a comprovação dos requisitos mencionados seria devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos e que a ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracterizaria o seu enquadramento como terras habitadas em caráter permanente, ressalvado o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. Ainda, define como renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada,

situação que excepciona quanto à cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, que inviabilizaria o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por introduzir a exigência de comprovação da ocupação indígena na área pretendida na data da promulgação da Constituição Federal, a saber, 5 de outubro de 1988, ou então de renitente esbulho persistente até aquela data, desconsiderando a dificuldade material de obter tal comprovação frente à dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas.

Ademais, a proposição legislativa, ao apresentar a tese do marco temporal e seus desdobramentos, incorre em vício de inconstitucionalidade e contraria o interesse público por usurpar direitos originários previstos no caput do art. 231 da Constituição Federal, haja vista que tal tese já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 27 de setembro de 2023, que estabeleceu a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, decisão essa que rejeitou a possibilidade de adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas (BRASIL, Presidência da República, 2023).

Os vetos foram, em sua maioria, rejeitados pelo Congresso Nacional, conforme o Veto nº 30, de 2023, o que denotou o jogo de força em que os Poderes se contrariam. Fato é que a tese do marco temporal tem especial relevo e interesse para grandes produtores rurais em contraposição ao direito dos indígenas, notadamente por poder alterar a definição de propriedades sobre imóveis rurais, tendo a escolha política do Congresso aparentemente se alinhado mais ao interesse do capital, especialmente do agronegócio.

Certo é, porém, que o tema veio a tona porquanto o STF decidiu de forma diversa aos interesses políticos que se supunha existentes e que, posteriormente foram confirmados pela aprovação da Lei do Marco Temporal. Essa tensão entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, aliás, já vem crescendo nos últimos anos, ocasionando em algumas situações o efeito *backlash*. Segundo Cass Sunstein (2009), o efeito *backlash* se trata de uma grande desaprovação por parte da opinião pública de uma decisão proferida pela Suprema Corte, havendo uma atuação política e social com o objetivo de retirar a sua força normativa.

No Brasil, até então, o melhor exemplo de *backlash* era decorrente da decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983, em que a Suprema Corte definiu a inconstitucionalidade da vaquejada e, logo em seguida, foi aprovada a Lei nº 13.364, de 2016, que regulamentou e reconheceu a vaquejada como manifestação e patrimônio cultural brasileiro (Abboud, 2022).

A aprovação da Lei nº 14.701/2023, com a definição da tese do marco temporal de ocupação indígena, passamos a ter mais um grande exemplo do efeito *backlash*, tendo em vista a reação quase imediata do Congresso Nacional à decisão do Supremo Tribunal Federal. Deve-se destacar que foram apresentadas ações discutindo a constitucionalidade desta Lei no STF.

Apesar de, inicialmente, se ter uma visão negativa do efeito *backlash*, trata-se de um dissenso que é legítimo entre os Poderes. Dentro das regras do jogo democrático, o efeito *backlash* pode ser tratado entre as instituições e evoluir para um diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo, o qual também poderia evoluir para um diálogo com a própria sociedade civil, além dos demais setores que podem trazer conhecimentos que são metajurídicos para a solução dos casos mais complexos que são submetidos à jurisdição constitucional (Abboud, 2022).

A resposta ou análise sobre ser positiva ou negativa a resposta institucional de um Poder com relação a outro passa por uma série de fatores. Explica-se: o efeito *backlash* traduz-se positivo se houver um diálogo-debate de ideias, com objetivo de aprimorar a democracia. Não há deslegitimação no parlamento alterar o ordenamento jurídico se pautado em critérios sociais, jurídicos, econômicos, entre outros. É dizer: é legítimo quando respeitado os limites constitucionais.

Ocorre que o efeito *backlash* se torna negativo quando a alteração sobredita está motivada por interesses velados e antidemocráticos. A constatação de um bom ou mau *backlash* é tarefa complexa e foge aos limites propostos neste estudo. No entanto, deve-se verificar caso a caso qual foi a real intenção do legislador, verificar se ocorreu uma mera situação de dissenso democrático entre os poderes, ou se está diante de uma discordância puramente político-ideológica, pois a decisão favorece um grupo político tido como “inimigo”. Há de se verificar, portanto, não só os parâmetros formais

(observância do processo legislativo, por exemplo), como também a questão material (o que normalmente depende de um critério mais subjetivo, tendo em vista não ser incomum a real intenção da legislação não fazer parte das justificativas do projeto de lei nem dos debates em plenário).

No Brasil, esse fenômeno evoluiu para o que Georges Abboud chama de “efeito *backlash* à brasileira” ou “degenerado”, em que os membros do Poder Legislativo, por estarem insatisfeitos com uma determinada decisão do Supremo Tribunal Federal, tentam colocá-lo contra a parede a partir da apresentação de vários pedidos de *impeachment* (Abboud, 2022).

Isso, reiteradamente ocorre a partir da acusação, na maioria das vezes equivocadas, de que o Supremo Tribunal Federal está tomando decisões ativistas. Isso ocorre, notadamente, porquanto há confusão daquilo que de fato é ativismo judicial, e essa confusão termina por desencadear e servir de pano de fundo para o efeito *backlash*.

Como já mencionado acima e defendido por Georges Abboud (2022), o controle dos atos dos poderes, quando tais atos se mostrarem contrários à Constituição Federal e às leis, bem assim a atuação contramajoritária do Poder Judiciário com o objetivo de proteger direitos fundamentais, não se trata de ativismo judicial.

Nos parece que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365 (Tema 1.031), em que o Supremo Tribunal Federal afastou a tese do marco temporal indígena, houve uma atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, com o fito de proteger direitos fundamentais contra agressões oriundas da maioria e do próprio Estado.

Não há que se falar em ativismo, como argumentado por parlamentares com o intuito de justificar o efeito *backlash*.<sup>6</sup> Essas críticas ao Supremo Tribunal Federal, quando desprovidas de rigor técnico e baseadas em viés puramente ideológico, possuem apenas uma finalidade: enfraquecer a instituição. O que não é saudável para o Estado Democrático de Direito brasileiro, notadamente por reduzir o diálogo interinstitucional entre os poderes.

---

<sup>6</sup> <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/marcos-do-val-destaca-aprovacao-do-marco-temporal-pela-ccj-e-critica-stf>.

Esse ataque institucional por parte de membros do Poder Legislativo a membros do Poder Judiciário, em especial de pedidos de *impeachment*, motivados por supostas decisões ativistas de Ministros do Supremo Tribunal Federal, cria um campo fértil para que, em um futuro próximo, o Poder Executivo possa agir da mesma forma contra o Poder Legislativo, iniciando uma degeneração democrática, quando o chefe do Executivo vem a colocar a população contra o Judiciário e o Legislativo, os quais passam a serem vilões (Abboud, 2022).

Em tempos de fragilização democrática, o Judiciário precisa ser forte e garantir as regras do jogo democrático, além de garantir o respeito aos direitos fundamentais por parte do Estado e pelas maiorias formadas, em face das minorias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passou-se por um momento que pode ser definido como recuo democrático, conforme demonstrado pela Teoria do Pêndulo da Democracia defendida por Arthur Schelesinger Jr. (1999). O Brasil apresenta características de uma democracia frágil: vinda após um regime de exceção, clientelismo político, corrupção e partidos e instituições fracas.

Com isso, o Poder Judiciário possui um importante papel, além de o Judiciário ser garantidor das regras do jogo, seja na democracia forte ou na frágil, também representa instância de manutenção do mínimo de conquistas do processo civilizatório, ou seja, a conquista de direitos fundamentais.

Ocorre que o Poder Judiciário vem sofrendo ataques, os quais se fundamentam em supostas decisões ativistas tomadas por ministros do Supremo Tribunal Federal. Foi o caso da rejeição à tese do marco temporal indígena no Recurso Extraordinário nº 1.017.365 (Tema 1.031)<sup>7</sup>, em que se

---

<sup>7</sup> Ao destacar a aprovação do Marco Temporal pela CCJ, o Deputado Federal Marcos do Val (Podemos-ES) declarou: “Ficar sujeito à decisão monocrática de um imperador, e lutar contra o ativismo judicial e pela verdade dos fatos não é e nunca será fácil, mas não vou recuar jamais. A justiça não pode fazer política, não pode legislar. O ativismo judicial não pode existir.” Disponível em: <https://shre.ink/82zu>. Acesso em 22 abr. 24. Conforme noticiado em diferentes canais de comunicação, a bancada ruralista do Congresso Nacional classificou a decisão do Supremo Tribunal Federal, relacionada ao marco temporal, como ativismo. A saber: <https://shre.ink/82RJ>. Acesso em 22 abr. 24. E: <https://shre.ink/82zI>. Acesso em 22 abr. 24.

decidiu a partir de uma proteção aos direitos fundamentais da minoria em face de ataques e agressões perpetrados pelo Estado e pela maioria. A decisão judicial desagradou a classe política e foi objeto de uma retaliação por meio do uso do processo legislativo.

Ademais, embasados nos supostos atos de ativismo praticados por Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo apresenta diversos pedidos de *impeachment* de membros do Tribunal, além de propostas legislativas com o fito de limitar decisões dos Ministros.

Exemplo disso é a PEC nº 50/2023, que “altera o art. 49 da Constituição Federal para estabelecer competência ao Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, que extrapole os limites constitucionais”.

Quanto à Lei nº 14.701/2023 (Lei do Marco Temporal Indígena), que estabeleceu, entre outras coisas, um marco temporal para o reconhecimento de terras indígenas, tal discussão retornou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de três diferentes ações diretas de inconstitucionalidade.

A ADI nº 7.583 foi apresentada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Comunista do Brasil (PcdoB) e pelo Partido Verde (PV), requerendo que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da Lei nº 14.701/2023, adotando assim, em definitivo, o afastamento da tese do marco temporal para a ocupação de terras por comunidades originárias, reconhecendo que o marco temporal não é compatível com a proteção constitucional aos direitos dos povos indígenas aos seus territórios. A ADI 7.582, apresentada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pela Rede Sustentabilidade, requer a inconstitucionalidade da Lei do Marco Temporal, sob o argumento de violação aos direitos fundamentais dos povos indígenas.

Já a ADC 87 defende a Lei do Marco Temporal, requerendo-se a declaração de constitucionalidade da norma.

As decisões ativistas devem ser criticadas, não havendo que se falar em bom ou mau ativismo, o ativismo é pernicioso ao Estado Democrático de Direito. No entanto, não se deve confundir o ativismo com a concretização da Constituição e a atribuição de sua força normativa (Abboud, 2022).

Deve-se, de igual modo, combater o *backlash* degenerativo, em especial quando motivado pelo combate a um suposto ativismo, o qual tem por intuito apenas afastar decisões que determinado espectro político não concorde, mesmo que não ativistas.

Além dos ruídos causados à democracia, nesse caso em específico da tese do marco temporal, existem abusos praticados pelo Estado e pelas maiorias em face de direitos de uma minoria pouco observada, mas ainda resistente no nosso País, os povos originários indígenas.

Resta aguardar o julgamento de tais ações, e que tal cenário de apontar os Ministros do Supremo Tribunal Federal como inimigos, a partir de pedidos de *impeachment*, criação de leis contrárias àquilo que foi decidido e de outras propostas à limitação de seus poderes, não tenha criado um cenário de inibição dos julgadores, sob pena de se ingressar em uma democracia degenerativa.

Para que se possa reverter o lado para o qual o pêndulo da democracia se move, de erosões para avanços democráticos, o primeiro passo é o fortalecimento das instituições.

A defesa à democracia e às instituições se confundem com ensinamentos indígenas. Segundo Ailton Krenak (1999, p. 27), “você não pode se esquecer de onde você é e nem de onde você veio, porque assim você sabe quem você é e para onde você vai!”. É importante que se lembre de onde viemos, tanto no tocante ao regime autoritário que precedeu a nossa jovem democracia, quanto aos atentados violentos aos direitos dos povos originários no Brasil, para que possamos saber que ainda somos uma frágil democracia e para onde queremos ir, com o fortalecimento de instituições e da democracia, além da busca pela garantia aos direitos fundamentais dos povos originários.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: RT, 2022.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 1008, out. 2019.

AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil: uma análise da crise 2013-2018. **Novos Estudos CEBRAP**, [S. l.], v. 37, n. 2, p. 273-289, 2018.

BAPTISTA, Érica Anita; HAUBER, Gabriela; ORLANDINI, Maiara. Despolitização e populismo: as estratégias discursivas de Trump e Bolsonaro. **Media & Jornalismo**, Belo Horizonte, v. 22, n. 40, p. 105-119, 2022. Disponível em: <https://impactum-journals.uc.pt/mj/article/view/10279>. Acesso em: 04 mai. 2024.

BARRETO JR., Walter. **Bolsonaro e seus seguidores: 1560 frases**. São Paulo: Geração Editorial, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 mai. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 21 mai. 2024.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale, EUA: Yale University Press, 1986.

CUNHA JR., Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n. 5, jan.-jun. 2011.

HESSE, Samuel. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts**. Cambridge University Press, 2015.

KRENAK, A. O eterno retorno do encontro. In: NOVAES, A. **A outra margem do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Flavio. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. **Católica Law Review**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 29-41, jan. 2019.

SCHLESINGER JR., Arthur M. **The cycles of American history**. Boston, EUA: Mariner Book, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Se o Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?**. Consultor jurídico. Disponível em: <https://shre.ink/82y7>. Acesso em: 11 dez. 2023.

SUNSTEIN, Cass. R. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before?**. Princeton-Oxford, EUA: Princeton University Press, 2009.

Recebido em: 11/03/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11033



## **UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO STF E OS CONTORNOS DADOS À ADI 6298: UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL?**

### **A BRIEF ANALYSIS OF THE STF'S INTERPRETATION AND THE CONTOURS GIVEN TO ADI 6298: A NEW CRIMINAL POLICY?**

*Ana Julia Pozzi Arruda*

Doutoranda e mestre em Direito pela  
Universidade Estadual Paulista,  
Faculdade de Ciências Humanas e  
Sociais (UNESP/F.C.H.S.), campus de  
Franca. Bolsista CAPES

[ana.arruda@unesp.br](mailto:ana.arruda@unesp.br)

<https://orcid.org/0000-0001-7021-7983>

*Mariana Delgado Brites  
Rigacci*

Mestranda em Direito pela Universidade  
Estadual Paulista, Faculdade de  
Ciências Humanas e Sociais  
(UNESP/F.C.H.S.), campus de Franca.  
Bolsista CAPES.

[m.rigacci@unesp.br](mailto:m.rigacci@unesp.br)

<https://orcid.org/0009-0009-0926-1550>

**RESUMO:** No presente trabalho, tem-se como paradigma a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298, que trata acerca do instituto do Juiz das Garantias. Tal instituto é um importante conquista para um Estado Democrático de Direito, já que confere visa aperfeiçoar o Sistema Acusatório, ao contribuir para que o haja uma separação entre aquele que irá julgar o processo e aquele que tomará decisões na fase do Inquérito. O presente trabalho visa discutir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no caso a partir do que seria a política criminal. Assim, de forma bastante sintética, primeiro buscou-se esclarecer o que é a política criminal e como ela deve ser considerada no âmbito do Direito Processual Penal; a partir de tais marcos teóricos, confronta-se como o juiz de garantias foi concebido como medida de política criminal; e, por fim, contrastando a previsão legal do instituto com a interpretação dada pelo Supremo na referida ADI, buscou-se verificar se houve adequada observância aos valores constitucionais. A partir de tais objetivos buscou-se delinear se é possível verificar no posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao instituto do juiz de garantias, uma postura ativa na construção da política criminal, incumbência que, constitucionalmente, não lhe seria dada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juiz das Garantias; Política Criminal; Supremo Tribunal Federal; ADI 6298.

**ABSTRACT:** In the present work, the paradigm is the Direct Action of Unconstitutionality 6298, which deals with the institute of the Judge of Guarantees. Such institute is an important achievement for a Democratic State of Law, as it aims to improve the Accusatory System, by contributing to a separation between that who will judge the process and who will make decisions at the Inquiry stage. The present work aims to discuss the position of the Federal Supreme Court in the case based on what criminal policy would be. Thus, in a very synthetic way, we first sought to clarify what criminal policy is and how it should be considered within the scope of Criminal Procedural Law; from such theoretical frameworks, it is confronted how the judge of guarantees was conceived as a measure of criminal policy; and, finally, contrasting the legal provision of the institute with the interpretation given by the Supreme Court in the aforementioned ADI, we sought to verify whether there was adequate compliance with constitutional values. Based on these objectives, we sought to outline whether it is possible to verify in the position of the Federal Supreme Court in relation to the institute of the judge of guarantees, an active stance in the construction of criminal policy, a task that, constitutionally, would not be given to it.

**KEYWORDS:** Judge of Guarantees; Criminal Policy; Supreme Court; ADI 6298.

**Como citar:** ARRUDA, Ana Julia Pozzi; RIGACCI, Mariana Delgado Brites. Uma Breve Análise Sobre A Interpretação do STF e os Contornos Dados À Adi 6298: Uma Nova Política Criminal? *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 345-364, 2024.

## INTRODUÇÃO

Em sociedades complexas, marcadas pelo pluralismo político, os conflitos constitucionais são elementos absolutamente normais para a construção e aperfeiçoamento da democracia. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2004) aponta para a necessidade de diferenciar a legitimidade da jurisdição constitucional e a legitimidade de seu exercício. Para o autor, a primeira seria matéria de ordem institucional e, portanto, sempre legítima para defesa da ordem constitucional; a segunda, por sua vez, teria de ser construída pelo Tribunal responsável pela fiscalização da constitucionalidade, atentando-se aos fins desta atividade (Bonavides, 2004).

Entretanto, ressalta o professor que esta legitimidade é altamente comprometida quando a atividade é imiscuída de interesse político e manipulada pelo grupo governante, quando este busca que o controle de constitucionalidade seja feito em seu próprio interesse em detrimento do interesse da ordem constitucional. Seria o este cenário das “ditaduras constitucionais’ de algumas repúblicas latino-americanas, das quais o exemplo mais atual, frisante e ilustrativo é o Brasil na presente conjunção” (Bonavides, 2004, p. 128).

Quase 20 (vinte) anos após esta análise, em que pese o termo “ditadura constitucional” parecer um tanto excessivo, alguns pontos ainda subsistem, notadamente a dificuldade de se afirmar o interesse da ordem constitucional. Em matéria criminal, afirma-se que a política criminal deve ser inferida da ordem constitucional e, portanto, da carga axiológica que esta representa. Todavia, a efetiva compreensão deste entendimento pelos Tribunais Superiores parece esbarrar em alguns obstáculos adicionais, cuja origem está na má utilização deste conceito e de suas funcionalidades para a ordem jurídica, sobretudo jurídico-criminal.

No presente trabalho, tem-se como paradigma a ADI 6298, que diz respeito ao instituto do Juiz de Garantias, para discutir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no caso a partir do que seria este “interesse da ordem constitucional” ou, melhor dizendo, do que seria a política criminal. Assim, de forma bastante sintética, primeiro buscou-se esclarecer o que é a política criminal e como ela deve ser considerada no âmbito do Direito

Processual Penal; a partir de tais marcos teóricos, confronta-se como o juiz de garantias foi concebido como medida de política criminal; e, por fim, contrastando a previsão legal do instituto com a interpretação dada pelo Supremo na referida ADI, buscou-se verificar se houve adequada observância aos valores constitucionais. A partir de tais objetivos buscou-se delinear se é possível verificar no posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao instituto do juiz de garantias, uma postura ativa na construção da política criminal, incumbência que, constitucionalmente, não lhe seria dada.

## **1 O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL**

O título da seção não é por acaso, remete à obra de Fernando A. Fernandes (2001), que nos dá um importante aporte teórico, por vezes deixado em segundo plano, que é o de considerar a função da política criminal no Sistema Jurídico-Criminal, aqui especificamente, no âmbito do Direito Processual Penal. Não cabe deter-nos sobre o desenvolvimento histórico da aproximação entre política criminal e dogmática, bastando, para os fins do presente trabalho, destacar que teve início na obra do consagrado penalista alemão, Franz Von Liszt, e foi retomada pelas correntes funcionalistas, sobretudo aquela do funcionalismo racional-teleológico. Tal corrente teve início com Claus Roxin (2002), porém alcançou magnitude tamanha que parece ter se consagrado em própria escola de pensamento epistemológico do Direito Penal.

Dessa forma, torna-se possível, então, uma aproximação entre *ser* e *dever-ser* pela integração entre as finalidades do Direito Penal e a dogmática da teoria do delito, na medida em que se constitui um sistema aberto a valorações, mas, ao mesmo tempo, limitado quanto aos valores que busca concretizar. Ou, ainda, nos próprios termos de Roxin (2002, p. 20) “fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”. Nesse sentido, a genialidade da proposta de Fernando A. Fernandes (2001) é justamente fazer esta aproximação no âmbito do Direito Processual Penal, garantindo que os

fins de política criminal também sejam aqui realizados, em verdadeira relação de complementaridade funcional.

O termo “política criminal”, muitas vezes, é empregado de modo impreciso e generalizante, sobretudo quando faz referência, simplesmente, a medidas mais repressivas em matéria criminal. Em realidade, esta definição amplamente marcada pelo senso comum carece de fundamentação científica, porque a política criminal vai além: “[...] a *Política Criminal* proporciona a necessária referência a fins e valores ao cumprir a «missão política» de orientar a evolução da legislação penal (perspectiva *de lege ferenda*) ou sua própria aplicação no presente (perspectiva *de lege lata*) às finalidades materiais do Direito Penal” (Silva Sánchez, 1992, p. 48, destaque original, tradução nossa).

De forma bastante sintética, portanto, a política criminal conforma a orientação teleológica do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Ou, ainda, “é a política jurídica no âmbito da justiça criminal”, que determina os limites dentro dos quais pode operar a punibilidade (Fernandes, 2001, p. 47). Dentro de um contexto do Estado Social e Democrático de Direito, esta política jurídica deve perseguir as finalidades identificadas nos valores do sistema jurídico-constitucional, como explica Jorge de Figueiredo Dias:

Exato é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devem, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição do Estado. Somente desta maneira poderá de resto a política criminal, como deve, conceder uma importância primária à proteção dos direitos, das liberdades das garantias da pessoa - de toda e qualquer pessoa, só por o ser (Dias, 1999, p. 43).

Isto porque parte-se da ideia de que a Constituição representa um consenso axiológico a ser efetivado, tanto na perspectiva *de lege ferenda* quanto na perspectiva *de lege lata*, de modo que vincula, então, o legislador, o aplicador e os demais operadores do Direito, em geral. Para ser bem elucidativo, Fernando A. Fernandes (2003) esclarece que os Estados Sociais e Democráticos de Direito, sobretudo aqueles fundados na dignidade humana, como forma de garantir o máximo desenvolvimento da pessoa em sociedade, possuem uma política criminal fundada na necessidade de intervenção, na mínima medida do necessário. Ao fim e ao cabo, isto significa um Direito

Penal mínimo, fundado nos princípios de ultima *ratio*, intervenção mínima e proporcionalidade (Fernandes, 2001).

No âmbito do processo penal, a política criminal certamente seria exteriorizada da norma que consagra o sistema acusatório, notadamente o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, isto porque o sistema acusatório é a opção mais funcional para a garantia da dignidade humana e para a máxima realização da pessoa. Trata-se de uma orientação que, nas palavras de Aury Lopes Jr (2022, p. 227):

É um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto e passa a assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois evitam eventuais abusos de prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado do seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação (Lopes Jr, 2022, p. 227).

O sistema inquisitório, por sua vez - ou seus resquícios que ainda contaminam o ordenamento processual penal brasileiro -, não se coaduna com uma política criminal democrática, na medida em que constata-se a figura de um juiz inquisidor, que não só investiga, como é parcial, distanciando-se de qualquer princípio democrático, sobretudo, o do contraditório. Nesse sentido, estaria concentrada na mesma figura, a do juiz, os poderes de investigar, acusar, defender e julgar, como se fosse possível que partes tão antagônicas pudessem conviver juntas (Lopes Jr, 2022).

Por fim, importa reconhecer que o processo penal não é apenas um instrumento de aplicação do Direito Penal, mas deve atuar conjuntamente com tal disciplina para a “proteção da sociedade - de bens jurídicos essenciais, dizemos nós - a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação” (Mirabete *apud* Fernandes, 2001, p. 75).

Nesse sentido, Fernando A. Fernandes (2001) inclusive reconhece que algumas garantias podem e devem ser limitadas ou reformuladas, quando não conflitarem com a dignidade humana. Todavia, como expõe também o autor, há um núcleo essencial que invariavelmente deve ser preservado, sendo

ilegítima qualquer proposta de relativização que implique um ataque à dignidade humana.

O referido autor destaca, inclusive, que o equilíbrio entre *funcionalidade e garantia no processo* deve ser cuidadosamente ponderado, sempre com a dignidade humana como limite intransponível. Ressalta que qualquer mitigação de garantias essenciais, como a presunção de inocência, somente pode ser admitida se não comprometer a dignidade do indivíduo. Assim, mesmo medidas que visem maior eficiência ou celeridade processual tornam-se absolutamente ilegítimas quando acarretam afronta a esse princípio fundamental. A dignidade humana deve ser o parâmetro central para decidir sobre a validade de eventuais flexibilizações no sistema jurídico.

## **2 JUIZ DE GARANTIAS NA LEI 13.964/2019: UM PROJETO DE POLÍTICA CRIMINAL**

O Direito Penal e o Direito Processual Penal, em um Estado Democrático de Direito, devem seguir os princípios norteadores constitucionais, pois tratam dos Direitos e garantias fundamentais de um cidadão, principalmente, no que diz respeito à sua liberdade. Essa afirmação não se trata de mero preciosismo ou repetição teórica, mas, é sobretudo, a pedra de toque fundamental que possibilita classificar e referenciar o modelo de Estado eleito pela Constituição Federal de 1988. Afinal, o Direito Penal tem extrema relevância na configuração social, e vice-versa, trata-se de uma interferência recíproca (Fernandes, 2003).

Quando estamos diante da esfera processual, considerando o sistema elencado tanto pelo texto Constitucional, bem como pela inteligência do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, qual seja o sistema acusatório, como delineado no capítulo anterior, se faz necessário atenção às partes processuais. Sobretudo, é imprescindível que se faça uma análise atenta daquele que irá julgar. Seja porque se trata de um nobre dever concebido pela ideia contratualista de Estado - demais que a ideia pessoal de vingança foi substituída pela ordem jurisdicional - seja porque se estará tratando sobre a liberdade de um cidadão, e não há nada mais precioso em um Estado Liberal do que a própria ideia de liberdade. Ademais, deve ser garantido que haja uma

separação nas funções das partes: “em que as atividades de acusar e julgar estejam efetivamente distribuídas a diferentes personagens, estruturado sobre um procedimento em contraditório, cabendo às partes desenvolver a atividade probatória com o objetivo de convencer um julgador imparcial” (Lima, 2020, p.102).

Nesse sentido, cabe destacar dois princípios fundantes, de extrema relevância para esse estudo, o primeiro deles, o princípio do juiz natural. Previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”, além do inciso LII, que dispõe que “ninguém será sentenciado ou julgado, senão pela autoridade competente” (Brasil, 1988), é uma das bases para que se consagre um sistema acusatório:

O juiz natural é, portanto, uma garantia inscrita entre os direitos fundamentais na Constituição brasileira, que limita os poderes do Estado na persecução penal, impedindo que esta por ser exercida de forma arbitrária, como acontece geralmente nos Estados autoritários ou de exceção. Por isso que esse princípio integra o princípio *mater* do devido processo legal, logo, a sua inobservância acarreta a invalidade absoluta do processo em caso de condenação do réu. Trata-se de um princípio absoluto estabelecido em favor dos indivíduos diante do poder estatal de punir, isto é, qualquer desrespeito ao princípio do juiz natural implica mesmo a nulidade absoluta do processo (Machado, 2010, p. 32).

Em segundo, tão importante quanto o princípio do juiz natural, está o princípio da imparcialidade. Fundado na ideia de que o tratamento das partes deve ser igual, sem qualquer privilégio por parte do julgador à acusação ou à defesa. Merece destaque que um juiz imparcial não é um juiz neutro e assim sendo, o que se busca é compreender a dimensão da imparcialidade expressa em uma construção técnico artificial do processo. O juiz é a figura de um terceiro, de um outro, imparcial diante das partes processuais, que não deve escolher um lado, senão, o de julgar; o que se pretende é alcançar a figura de um juiz que tenha espaço para formar sua livre concepção, sendo um juiz independente das partes (Lopes Jr., 2022). Em suma, deve o julgador ser passivo, cabendo às partes, através do trabalho probatório de acusação e defesa, formar o convencimento do juiz. Inclusive, quando a acusação não conseguir provar a culpa do réu, não pode o juiz buscar ou solicitar novas provas, cabe a ele, tão somente, absolver o réu, em conformidade com o

magistral princípio *in dubio pro reo*. Portanto, o juiz deve ser parte isenta dentro da relação processual.

Não é incomum, principalmente em casos recentes, como o da Operação Lava Jato, a criação de imaginários, principalmente, através de intenso trabalho midiático, da figura do juiz como herói. A histórica capa da revista Istoé, em que o ex-juiz Sérgio Moro e o presidente Luiz Inácio Lula da Silva estavam dentro de um ringue de boxe, enquanto opositores e adversários em uma suposta luta, exemplifica essa ideia (ISTOÉ, 2017). Constata-se a criação reiterada de um herói e de um bandido, quais sejam, juiz e réu, criando-se narrativas como se fossem roteiros de filme ou de novela, em que o público, através dos canais midiáticos, aguarda para ver os desfechos desses personagens, o que causa muito mais interesse do que o próprio curso jurídico do processo (Fernandes, 2018). Ainda que, infelizmente, essa ideia tenha se naturalizado no país, principalmente nos últimos anos, nada mais perigoso ao sistema acusatório do que um juiz que é visto como herói e que cede aos apelos populares ou aos seus próprios princípios em detrimento aos princípios de um Estado Democrático de Direito.

A figura do juiz das garantias emerge justamente com o intuito de se opor a essa lógica e a fim de consagrar o princípio da imparcialidade e de um sistema acusatório. O próprio nome é sugestivo ao que se pretende: um juiz que possibilite trazer ao processo penal as garantias que dele são imprescindíveis quando se está diante de um modelo de Estado Democrático de Direito. O juiz das garantias é concebido para atuar na fase pré-processual, tomando decisões até o recebimento da denúncia, o que possibilita que não haja uma “contaminação” entre aquele que recebe a denúncia e por aquele que, de fato, irá julgar:

Porque o que se visa com essa figura jurídica não é apenas atender o cidadão na proteção de seus direitos na investigação e dos órgãos de persecução em ter um juiz mais afeitos à realidade de uma investigação criminal, mas a grande finalidade da sua inserção está em garantir que o juiz da causa não atue contaminado por sua atuação anterior (em fase investigativa). Com isso se evitam os inegáveis comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal. Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial? Com a separação na atuação judicial, conforme projetado, garante-se de forma muito mais efetiva o devido processo legal, o contraditório, o direito à prova e a

presunção de inocência. Tudo porque se criou um novo sistema que assegura uma maior imparcialidade judicial e, com isso, uma maior isenção psicológica do magistrado no momento de julgar a causa. Por isso se diz que o juiz das garantias dá maior efetivação ao princípio acusatório determinado constitucionalmente (Moraes, 2010, p.22).

Há que se fazer uma importante ressalva nesse sentido, pois todo o inquérito policial e o processo em si já são estigmatizantes para o indiciado e suposto réu, portanto, são, sobretudo, nesses momentos que as garantias constitucionais devem ser chamadas a atuar em sua exaustão. Se concebermos a hipótese de que o Direito Penal deve realizar a contenção do poder de punir do Estado (Zaffaroni, 2021), o que também é feito pela estrita observância às regras processuais, a efetivação das garantias é justamente o que possibilita tal feito. Portanto, é ilusório imaginar que não haja uma “contaminação” quando o mesmo juiz é aquele que toma decisões pré-processuais, recebe a denúncia, e atua na fase processual. Como o juiz poderia “esquecer” os indícios apurados no Inquérito sem o contraditório e sem a ampla defesa, que, eventualmente, não adentrem como provas no processo?

Ademais, não poderia também ter uma visão completamente imparcial dos fatos ali apurados, sendo que a teoria da dissonância cognitiva atesta justamente esta dificuldade, porque o indivíduo teria a tendência a manter os mesmos valores e crenças. Conforme pesquisa empírica realizada por Bernd Schünemann (2012), o contato do juiz com as provas nas fase de investigação implicaria quase que em uma manipulação por suas próprias ideias prévias, repercutindo na formação de um juízo de acordo com o exposto nos autos da investigação. Paralelamente, implica em menor consideração dos fundamentos da defesa e em maior tendência a assimilar as informações conforme descritas no inquérito ou na denúncia do Ministério Público: “No geral, a assimilação das informações pelo juiz é distorcida e está voltada ao delineamento da ocorrência criminal exposto no inquérito policial e à apreciação que dele faz o Ministério Público. Com isso, resultados probatórios dissonantes são menos percebidos e retidos” (Schünemann, 2012, *online*).

Como ainda nos recorda Aury Lopes Junior (2023), o nome dado, juiz das garantias, não foi o melhor. Isso porque no Brasil, seja pela incisiva narrativa midiática de repressão penal e até por uma cultura repressiva,

confunde-se a ideia de garantias com impunidade, o que certamente não é cientificamente aceito. O juiz de garantias emerge para contrariar a estrutura inquisitória, na qual estão concentradas na mão do juiz diversas funções que não lhe cabem, e resguardar direitos e garantias fundamentais. Pode ser compreendido, conforme majoritariamente faz a doutrina, como:

O controlador da legalidade da investigação realizada pelo MP e/ou pela Polícia, na medida em que existem diversas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem uma decisão judicial fundamental como garantidor da eficiência de direitos fundamentais exercíveis nesta fase, como direito de acesso (contraditório, no seu primeiro momento), defesa (técnica e pessoal), direito a que a defesa produza provas e requeira diligências do seu interesse, enfim, guardião da legalidade e da eficácia das garantias constitucionais que são exigíveis já na fase pré-processual (Lopes Jr., 2023, p. 119).

A discussão da possibilidade de um juiz das garantias não é atual, e emergiu já no século passado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que compreendeu ilegítimo o julgamento do caso *De Cubber x Bélgica*, em que dos 3 juízes, um deles havia proferido decisões na fase investigatória, e que, portanto, já havia formado sua convicção sobre a culpabilidade do réu, antes mesmo do julgamento. Tal episódio impulsionou, em muitos países, a discussão sobre a legitimidade de um juízo que atua na fase pré-processual. Portugal foi o pioneiro a adotar um “juiz de instrução”, em 1987. Já a Itália, logo em seguida, adotou a figura do *giudice per le indagini preliminari*. Na América Latina, o Paraguai foi o primeiro a adotar formalmente em seu Código Penal a ideia de um juiz de garantias (Lima, 2020).

No Brasil, não é errado afirmar que havia já um precioso debate acerca da necessidade da figura do juiz de garantias em nosso ordenamento, tendo sido a primeira proposta sobre o tema de 2009 através do Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal. Contudo, foi apenas em 2019, com a Lei 13.964/2019, conhecida por Pacote Anticrime, tendo votação expressiva no Senado Federal com a aprovação por parte de 256 senadores, que a discussão foi reacesa de forma contundente.

O Pacote Anticrime prevê em seu artigo 3º-B duas importantes funções ao juiz das garantias, ele é responsável pelo controle da investigação criminal e responsável por salvaguardar os direitos individuais daquele que está submetido ao inquérito. Para tanto lhe compete um extenso rol de deveres:

receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; decidir sobre os requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação, afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas, outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *Habeas Corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a instauração de incidente de insanidade mental; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa; assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal; deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia e decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (Brasil, 2019).

Não nos caberia nesse estudo deslindar cada uma das atribuições previstas pelo legislador, contudo, diante desse extenso rol, fica demonstrado que o congressista quis conferir à figura do juiz das garantias as atribuições concernentes a toda fase investigatória, para que, posteriormente, fosse garantida a imparcialidade objetiva do juiz da causa. Dessa forma, seria possível garantir que o juiz da causa não tivesse contato com os elementos da

investigação, prevenindo, ao máximo, que formule juízos prévios acerca do fato sob julgamento. Por fim, destaca-se que a política criminal criada pelo legislador com o Pacote Anticrime, sobretudo na figura do juiz de garantias, buscou assegurar um sistema processual acusatório e efetivar, de fato, o princípio do juiz natural e da imparcialidade, reafirmando o compromisso legislativo com o Estado Democrático de Direito assegurado na Constituição.

### **3 A INTERPRETAÇÃO DO STF E OS CONTORNOS DADOS A ADI 6298: UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL?**

Após a promulgação da Lei 13.964/19, o STF foi provocado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), por meio da ADI 6298, para se manifestar sobre a constitucionalidade das modificações introduzidas no Código de Processo Penal, para criação do Juiz das Garantias. Vale ressaltar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) deriva do modelo europeu de controle de constitucionalidade, o qual é caracterizado pelo controle concentrado, de modo que cabe apenas a um único órgão garantir que as normas editadas pelo Parlamento estejam em conformidade com a Constituição. Incluída desde a Emenda nº16/1965 na Constituição de 1946, tem como finalidade a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo ou de uma lei. Está prevista, atualmente, no artigo 102, I, a, da Constituição de 1988. Ressalta-se que o controle previsto é de competência apenas do Supremo Tribunal Federal, portanto, um controle concentrado (Ferreira Filho, 2020).

O julgamento da referida ADI estendeu-se por um largo período de tempo, especificamente 4 (quatro) anos, mas a última sessão do plenário ocorreu em 24 de agosto de 2023. Nesse sentido, há alguns marcos, no mínimo, curiosos, que permearam o julgamento e merecem aqui ser destacados. Primeiramente, junto com o pedido principal de declaração de inconstitucionalidade, pediam também o deferimento de medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F do Código de Processo Penal, bem como do artigo 20 da Lei 13.964/2019 até o julgamento do mérito da ação. Em termos meritórios, a declaração de

inconstitucionalidade poderia ser tanto através da proclamação da nulidade com redução de texto, por ser impossível admitir a validade do “Juiz de Garantias”, quanto para dar-lhes interpretação conforme a Constituição declarando que tais artigos são “normas de eficácia limitada que dependem da edição de outras leis ordinárias, de iniciativa dos tribunais” (ADI, *online*). Para os autores da ação, portanto, mediante lei de iniciativa própria dos Tribunais, seria a única forma possível para a efetiva criação do instituto.

É curioso notar que, em 15 de Janeiro de 2020 - portanto, durante o recesso do Supremo -, foi dada liminar pelo Ministro Dias Toffoli para suspender por 180 dias os dispositivos do Código de Processo Penal que versavam sobre o Juiz de Garantias, o que depois deveria ser apreciado em plenário. A medida visava impedir os efeitos da Lei 13.964/2019, cuja entrada em vigor dar-se-ia no dia 23 de Janeiro de 2020. Posteriormente, o Ministro Luiz Fux, em 22 de Janeiro de 2020 concedeu outra liminar, a qual suspendeu por tempo indeterminado a eficácia dos mesmos dispositivos até apreciação do Plenário, bem como suspendeu a decisão anterior do Ministro Dias Toffoli. Ainda que em sede de cognição sumária, o Ministro antecipou que, em primeira análise, os dispositivos padeceriam de inconstitucionalidade material por dois argumentos principais: “a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade” (ADI, 2020, *online*).

Sem ater-nos aos juízos de valor sobre os fundamentos da decisão, de toda forma, parece que representa uma excessiva concentração de poder admitir que a autoridade de um único Ministro possa sobrepor-se à vontade do Legislativo e, monocraticamente, suspender por 4 (quatro) anos medida de política criminal que tem por objetivo, ao fim e ao cabo, resguardar direitos fundamentais. Sabe-se que esta postura politicamente ativa dos ministros não é novidade nem particularidade do Min. Luiz Fux, cuja decisão está aqui sob escrutínio. No mesmo sentido, acerca da situação, Conrado Hübner Mendes afirma:

Liminar é decisão de urgência. Justifica-se à luz do risco de a demora judicial causar prejuízo irreversível. Num tribunal, liminar deve ser concedida pelo colegiado. Apenas por razão excepcional, pode ser tomada de forma monocrática. Em controle de constitucionalidade,

nem por razão excepcional (a lei 9.868 não autoriza, mas o STF a ignora). Apenas por razão excepcionalíssima, pode ser tomada dentro do recesso judicial. Liminar monocrática em recesso, portanto, é decisão triplamente qualificada. Fux rompeu a barreira. No glossário dos abusos judiciais, falta palavra para classificar liminar monocrática que passa por cima de outra liminar monocrática, ambas dentro do recesso (Mendes, 2020).

De toda forma, após questionáveis 4 (quatro) anos das liminares, em maio de 2023, a ADI 6298 foi incluída no calendário de julgamento pela então Presidente do Tribunal, Ministra Rosa Weber, sendo o julgamento concluído em agosto de 2023. Ainda que os votos dos Ministros não tenham sido divulgados, pela certidão de julgamento, bem como pelas sessões em plenários transmitidas pela TV Justiça e disponibilizadas no canal do YouTube, é possível analisar os contornos do posicionamento do Tribunal no presente caso, ressaltando os pontos de conflito com a vontade externada pelo Legislador na edição da norma.

Assim, destacamos a seguir os pontos mais controvertidos que podem ser identificados na decisão do Supremo Tribunal Federal e que acabaram por diminuir a importância que o instituto do juiz das garantias teria para um processo penal mais justo. Na inteligência do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, a iniciativa probatória do magistrado foi expressamente vedada, já o STF admitiu esta iniciativa pontualmente e nos limites da lei. Apesar das críticas que podem ser feitas sobre a utilização de termos bastante abstratos para delimitação desta iniciativa probatória, o termo “nos limites da lei” faz intuir que deve ser interpretado conforme o artigo 156 do CPP. Por mais que este seja um parâmetro interpretativo concreto, os contributos da psicologia social também já demonstraram que as iniciativas probatórias adotadas pelo magistrado, via de regra, não são imparciais, em realidade, visam confirmar suas primeiras impressões:

Em virtude de o magistrado formar determinada concepção do crime pela leitura dos autos do inquérito, é de se supor que o juiz, em princípio, não divirja de seu conteúdo. Por esse motivo, é natural que o magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas. [...] A possibilidade de o juiz formular suas próprias perguntas não melhora a assimilação das informações, mas se presta a que seja exercida uma autoconfirmação de seu ponto de partida (Schünemann, 2012).

Prevaleceu interpretação mais restritiva também no que tange ao artigo 3º-B, incisos VI e VII, porque inicialmente previam a obrigatoriedade da audiência pública e oral, entretanto, o Tribunal optou por relativizar esta obrigatoriedade e apenas firmar que as audiências devem ser *preferencialmente* públicas. Pode ser feita a análise em conjunto também do artigo 3º-B, §1º do CPP, o qual vedava o emprego da videoconferência para a realização da audiência de custódia, mas o STF também mitigou esta vedação e passou a admitir a utilização da videoconferência quando da impossibilidade fática de que a audiência ocorra de forma presencial.

Partindo-se da ideia de que o magistrado forma um conhecimento prévio do fato logo no momento em que entra em contato com os autos do inquérito (Schünemann, 2012), é inestimável o prejuízo para a defesa de ambas alterações interpretativas. Primeiro, aponta-se a afetação ao contraditório, na medida em que tais mudanças afastam o jurisdicionado de uma verdadeira justiça material. Ainda que o processo comunicativo possa ser efetivado tanto pela escrita quanto pela oralidade, a cultura de realização de audiências públicas e orais garante a instantaneidade da comunicação e aproxima o magistrado das informações e dos fatos que serão julgados. Ademais, garante que o próprio juiz irá conhecer do ato específico, evitando-se, ao máximo, a delegação de funções ou outras interferências que possam distorcer as informações.

Todos estes pontos são igualmente fundamentais para se compreender a importância da realização presencial da audiência de custódia. Da mesma forma, a realização da audiência na modalidade virtual também é de imenso prejuízo ao jurisdicionado. Se uma das finalidades da audiência de custódia é permitir que o magistrado possa controlar a legalidade da prisão, verificar se não houve tortura ou nenhum outro excesso no ato de constrangimento da liberdade, o distanciamento físico entre réu e magistrado prejudica que estes objetivos sejam efetivamente alcançadas: a título de exemplo, a própria limitação da imagem que é transmitida pelo vídeo ou as instabilidades de conexão podem dificultar que o magistrado constate possíveis hematomas ou lesões; ou, ainda, impedir que verifique se o preso, eventualmente, estaria sendo coagido em seu depoimento. Ainda que os atos processuais sejam

virtuais, a pena é executada sobre a pessoa do condenado, sendo, no mínimo, circunstância que impõe um tratamento digno e humano ao sujeito.

A previsão do artigo 3º-B, §2º, do CPP, dispõe que o excesso de prazo torna prisão ilegal, devendo ser relaxada imediatamente; contraditoriamente, o Supremo afastou a revogação automática, abrindo espaço para diversas renovações da prisão cautelar. Com relação ao artigo 3º-C, a lei estabeleceu que o juiz de garantias iria atuar até o recebimento da denúncia, contudo o STF compreendeu que a atuação deveria se limitar até o oferecimento. Substancialmente, o que se altera é que o juiz, que decidirá sobre o mérito atuando já a partir do oferecimento, terá contato com a denúncia e, portanto, com considerável parte do Inquérito policial que, necessariamente, é um fase pré-processual com fortes traços inquisitoriais. Em suma, corrobora para que o juiz da instrução tenha contato com os elementos de investigação colhidos na fase preliminar, que deveria ser evitado na lógica da instituição do juiz das garantias.

Nessa mesma lógica caminha o artigo 3º-C, §5º, em que a lei previa a exclusão do Inquérito dos autos, mas o STF optou por mantê-los. Ou seja, podendo mais uma vez obscurecer a imparcialidade necessária do juiz da instrução com relação ao julgamento já que terá acesso a tudo aquilo que foi coletado sem o contraditório e a ampla defesa, conforme pontuamos acima. Por fim, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal fez a opção, fundada em razões pragmáticas e de duvidosa constitucionalidade, de não admitir a instituição do juiz de garantias para os casos de Violência Doméstica e para os julgamentos no Tribunal do Júri. Parece que tal posicionamento também não se sustenta, especialmente porque não há fundamentação jurídica e, sobretudo, constitucional que suporte os afastamentos.

A partir destes elementos, parece ser bastante evidente o quanto as tentativas de se garantir maior imparcialidade cognitiva foram frustradas em diversas ocasiões, de modo que é correto afirmar serem grandes os impactos de tal decisão no conjunto da justiça material. Destaca-se, portanto, que não houve apenas a declaração de Constitucionalidade da Lei 13964/2019, mas substanciais modificações frente aquilo que propôs o Legislador, portanto, modificações contundentes acerca da política criminal veiculada. Passou-se de uma política criminal fundada na garantia do jurisdicionado para uma política

criminal de ampliação dos poderes do magistrado, que, conseqüentemente, culminou em um desequilíbrio na paridade de armas das relações processuais.

De fato, há que se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um desenho institucional que concentra poderes de forma significativa sob competência do STF, reunindo três tipos de funções: a) tribunal constitucional; b) tribunal recursal; c) tribunal de foro especial (Vieira, 2018). De acordo com Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 162), tal estrutura decorre da própria vontade do constituinte de fortalecer o Supremo na tutela do sistema político, conferindo-lhe poderes para “dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos morais e sociais [...]”. Inegavelmente, a situação conferiu ao STF considerável protagonismo político, como destaca o autor:

A politização do STF também é uma consequência direta da expansão do acesso ao Tribunal em relação ao período constitucional anterior. Ao autorizar novos atores políticos relevantes, como partidos e governadores, a propor diversas ações constitucionais - conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal -, o Supremo se transformou em muitas circunstâncias numa espécie de câmara de revisão de decisões majoritárias daqueles que foram derrotados na arena representativa (Vieira, 2018, p. 170).

Porém, não pode o Tribunal substituir a política criminal veiculada pelo Legislativo, pelo Parlamento, principalmente por uma interpretação mais gravosa da lei processual penal. Devemos reiterar mais uma vez que essa não é a função do Supremo Tribunal Federal, como nos recorda Lênio Streck (2023, p. 5): “Uma coisa é fazer jurisdição constitucional e outra é a de desconfigurar um texto legal votado legitimamente pelo parlamento, colocando no seu lugar outro texto.”

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A política criminal compreendida como o vetor que orienta teleologicamente o Direito Penal e o Direito Processual Penal, está orientada e limitada pelos valores elencados na Constituição Federal de 1988, e, portanto, pelos valores concernentes ao Estado Democrático de Direito. Ademais, ainda

que os operadores do Direito, como juízes, promotores, advogados e policiais operem a Política Criminal, quem tem a prerrogativa de fazê-la é tão somente o Legislativo.

É justamente de tal sorte que se opera a problemática deste trabalho. Ao analisar a Lei 13.964/2019, o Pacote Anticrime, é evidente o que o legislador quis transmitir e qual a Política Criminal veiculada. Se estabeleceu, dentre outras determinações, a criação da figura do Juiz das Garantias, o que evidencia a vontade do Legislador em empreender um Sistema Acusatório, deixando para trás os inegáveis resquícios Inquisitoriais que perpassam o Processo Penal Brasileiro.

Contudo, quando o STF se manifestou, após provocação através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6298, declarou a Lei 13.964/2019 constitucional, entretanto, impôs problemáticas mudanças a determinados artigos, sobretudo, os que tratavam acerca do Juiz das Garantias. Ao por exemplo, possibilitar a iniciativa probatório do magistrado, ou manter nos autos o Inquérito Policial, ou ainda, retirar a previsão explícita de que o Juiz de Garantias deveria atuar até o oferecimento e não até o recebimento da denúncia, o STF não apenas atuou na jurisdição constitucional, mas legislou e fez Política Criminal.

Inegável o importante papel do STF na construção e efetivação do Estado Democrático de Direito, mas não se pode omitir que no caso em tela houve uma criticável usurpação de competências que fere justamente a lógica constitucional e Democrática.

## REFERÊNCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6298. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 24.08.2023. **Portal STF**, 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5840274>. Acesso em 19 set. 2023.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 23 set. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em 20 set. 2023.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção Jurídico-Política e Jurídico Metodológica de Compreensão das Ciências Jurídico-Criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa (org.). **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

FERNANDES, Fernando Andrade. Corrupción y medios de comunicación en América Latina. In: Nicolás Rodríguez García; Adán Carrizo González Castell; Francisco J. Leturia Infante. (Org.). **Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación**. 1ed. Valencia - Espanha: Tirant lo Blanch, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva. 23ª edição. 2020.

GLEZER, Rubens. **Catimba Constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ªed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Jur. 20 ed., 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal - introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Barueri: Atlas. 3. ed., 2010.

MENDES, Conrado Hübner. O STF inventou o ministro contramajoritário, que joga contra a maioria da corte. **Folha de S. Paulo**, São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/01/o-stf-inventou-o-ministro-contramajoritario-que-joga-contra-a-maioria-da-corte.shtml>. Acesso em 23 de set. 2023.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"? **Boletim do IBCCRIM**, v. 18, n. ed. esp. p. 21-23, 2010. Acesso em: 25 set. 2023.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, n. 11, set./dez. 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7330>. Acesso em 28 set. 2023.

STRECK, Lênio. O Juiz das Garantias e os Três Amores. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-22/lenio-streck-juiz-garantias-tres-amores>, acesso em 28/09/2023.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. 4. ed. Tirant lo Blanch. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro, a criminologia do ser-aqui**. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

Recebido em: 02/04/2024

Aceito em: 16/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11091



## EMPIRICAL ANALYSIS OF FACTORS INFLUENCING THE GRANTING OF PRELIMINARY INJUNCTIONS IN PERNAMBUCO'S FEDERAL COURT

### ANÁLISE EMPÍRICA DOS FATORES QUE INFLUENCIAM NA CONCESSÃO DE LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA NA SEÇÃO JUDICIÁRIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE PERNAMBUCO

*Renan Francelino Silva*

Master of Law (UNICAP). Research Assistant at Strategic Litigation and Public Issues' Legal Clinic at the Catholic University of Pernambuco's Law School. Research Coordinator at the Empirical Legal Research Lab at UNICAP.

[prof.renan.francelino@gmail.com](mailto:prof.renan.francelino@gmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0003-3272-0566>

*Rafael Cândido Silva*

Master of Law student (UNICAP). Researcher at the Empirical Legal Research Lab at Catholic University of Pernambuco (UNICAP). Researcher at FACEPE — Science and Technology Support of the State of Pernambuco, Brazil.

[rafael.2016250336@unicap.br](mailto:rafael.2016250336@unicap.br)  
<https://orcid.org/0009-0001-5529-2341>

*Camila Oliveira*

Master of Law student (UNICAP). Researcher at the Empirical Legal Research Lab at Catholic University of Pernambuco (UNICAP). Researcher at Coordination for higher Education Staff Development - CAPES.

[camila.2018150957@unicap.br](mailto:camila.2018150957@unicap.br)  
<https://orcid.org/0009-0002-8460-6378>

*José Mário Gomes Neto*

Ph.D. Political Science (UFPE). Master of Science Public Law (UFPE). Professor at Catholic University of Pernambuco. Leader of the Empirical Legal Research Lab at UNICAP.

[jose.gomes@unicap.br](mailto:jose.gomes@unicap.br)  
<https://orcid.org/0000-0002-4003-856X>

**ABSTRACT:** What does influence the issuance of Preliminary Injunctions (*in limine*) in Writs of Mandamus within the jurisdiction of Pernambuco's Federal Court? To protect citizens against abuse of power or illegality committed by a member of the Public Administration, the Federal Constitution provides the writ of mandamus as a procedural instrument (section 5, subsection LXIX and LXX, of the Brazilian Federal Constitution, and the Law No. 12.016/09). Existing literature in the fields of procedure law and administrative law highlights the potential conflicts and violations of clear and indisputable rights that can arise from the improper granting or denial of preliminary injunctions. This article aims to empirically examine, through logistic regression analysis (logit), the factors that influence the issuance of Preliminary Injunctions (*in limine*) in Writs of Mandamus within the jurisdiction of Pernambuco's Federal Court.

**KEYWORDS:** Preliminary Injunction; Writs of Mandamus; Judicial Behavior; Empirical Analysis; Logistic Regression Analysis.

**RESUMO:** Quais fatores aumentam ou diminuem as chances de concessão de liminares nos julgamentos de Mandado de Segurança na Seção Judiciária da Justiça Federal de Pernambuco? Para proteger os cidadãos contra o abuso de poder e ilegalidades cometidas por autoridades do Poder Público, a Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, inciso LXIX e LXX; e na Lei nº 12.016/09, o mandado de segurança, como um instrumento processual. A literatura da área de Direito Processual e do Direito Administrativo argumentam que a denegação ou concessão de liminar mal decidida ensejam impetração de Mandado de Segurança (MS) perante a instância superior por se tratar de violações a direito líquido e certo. Este artigo testa empiricamente, por meio da análise por regressão logística (*logit*), quais fatores influenciam nas chances de ocorrência do evento de concessão de Liminar em MS.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela Provisória de Urgência; Mandado de Segurança; Liminares; Pesquisa Empírica; Análise por Regressão Logística.

**Como citar:** SILVA, Renan Francelino; SILVA, Rafael Cândido; OLIVEIRA, Camila; GOMES NETO, José Mário. Empirical Analysis Of Factors Influencing The Granting Of Preliminary Injunctions In Pernambuco's Federal Court. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 365-384, 2024.

## INTRODUÇÃO

The Federal Constitution of 1988 is considered a key element in the Brazilian institutional arrangement because it is the foundation of the democratic constitutional state that guarantees a universe of fundamental rights to whom people are directly connected. Since the enactment of the Federal Constitution of 1988 provides a set of protection for those rights, it also interferes both in the procedures and decisions taken by institutions and the political actors.

To protect citizens against abuse of power or illegality committed by a member of the Public Administration, the Federal Constitution offers a mechanism that ensures immediate and ascertainable rights called the writ of mandamus (section 5, subsection LXIX and LXX, of the Brazilian Federal Constitution). Such prevision is also regulated, in an infra-constitutional legislation (which means at a hierarchical level below the Constitution) and enforced by the Law n<sup>o</sup>. 12.016/09, which disposes of the use of the writ of mandamus, both in individual and collective actions.

Despite that rule, existing literature in the fields of procedure law and administrative law highlights the potential conflicts and violations of clear and indisputable rights that can arise from the improper act by an official[s] or [the] agent[s] of an artificial person performing governmental duties — which can also be violative illegality or abuse by them.

In this scenario, a question arises: What does influence the issuance of Preliminary Injunctions (*in limine*) in Writs of Mandamus within the district of Pernambuco's Federal Court? Considering the Court's main role in the promotion of access to justice and the enforcement of fundamental rights, this paper will present an outline of the discussion on the right of the issuance of Preliminary Injunctions (*in limine*) in Writs of Mandamus and the factors that can influence the decision-making process behind granting or denying such injunction.

After drafting this general framework, it will be applied quantitative empirical method in some actions concerning writ of mandamus, within the district of Pernambuco's Federal Court, to test the association between those factors and the issuance of preliminary injunctions.

This paper is divided into three sections. The first one presents how the institute of the preliminary injunction in writs of Mandamus works in Brazilian legislation. In the second section, it is discussed how other factors can influence the decision-making process behind granting or denying such injunction and its repercussions, such as the potential conflicts and violations of clear and indisputable rights that can arise from the improper granting or denial of preliminary injunctions. The third one shows and describes the method that was used to answer the research problem. The fourth section presents the results of the empirical test.

With this empirical model, this paper is part of an extended research agenda's Lab on Judicial Behavior which aims to contribute to a better understanding of the potential conflicts and violations of clear and indisputable rights, as well as to shed light on an underexplored area within the literature on institutional behavior.

## **1 PRELIMINARY INJUNCTION IN WRITS OF MANDAMUS IN BRAZILIAN LEGISLATION: LITERATURE REVIEW, LEGAL PROVISION, AND OTHER ASPECTS**

The Constitutional and Procedure Law literature comments that the Brazilian judicial system provides a writ of security (which is also called mandamus), and not protection (a procedural mechanism that is used in other Iberian American countries such as Mexico and Venezuela) (Oquendo, 2021, at 72; Oquendo, 2022, at 69-74). Therefore, the Writs of Mandamus is a procedural mechanism that secures immediate and ascertainable rights against abuse of power or illegality committed by a member of the Public Administration.

Aside from all the issues mentioned so far, Santos Lucon (2016, at 496) and Burgoa (1943, at 714-717) explain, from the perspective of a comparative law review, that the writ of mandamus approaches Mexican protection insofar as it allows the suspension of the contested act before the final judgment of the case by the judge (in initio it is) and its decision and as a request of the applicant. Nonetheless, the writ of security (provided in the Brazilian judicial system) and the writ of mandamus (which has its origin in

the American Law system called common law) present intercessions, the literature on Procedure Law has highlighted that these procedural instruments are not the same.

In American Law and other countries in which the common law is applied, the writs are instruments of control of the Public Administration which can be divided into three species of writs: a) writ of certiorari, b) writ of prohibition, and c) writ of mandamus. It is worth mentioning, on this matter, that each of them has its purpose and produces different effects: the writ of certiorari is used to combat the illegal commission of authorities; the writ of prohibition is used before the illicit act as it has a preventive character; the writ of mandamus, in its turns, aims to attack omissions of acts of those authorities (Bernett, 2017, at 643-644).

The writ of mandamus in Brazil is both restricted and separated into four species, according to the nature of the act of those political actors and its extension. From the perspective of the extension (or effect) of the act, there is an a) individual writ of mandamus, which is used when a citizen or an enterprise wants to go against an authority of legal entity that performs a public activity in a no regular way that affects them (Meirelles, 2002, at 31); and a b) collective writ of mandamus, which is used when public authorities make an act that affects uncountable people (Barbi, 2002, at 236). In a particular approach, when it comes to the nature of the act, there are what literature calls d) repressive writ of mandamus, which is used after the Public Administration official makes some act that violates the immediate and ascertainable rights against a citizen (Meirelles, 2002, at 31); and the e) preventive writ of mandamus (that has similarities with the common law writ of prohibition), which is used when a public official is threatening some constitutional or infra-constitutional right of a person (Meirelles, 2002, at 31).

In both cases and species of Brazilian writ of mandamus, its Law foresees the necessity of protecting citizens against abuse of power or illegality committed by a member of the Public Administration (which includes Municipalities, States, or the Federal Union) (Meirelles, 2002, at 31) and provides the writ of mandamus as an instrument that performs all the previous functions concerning the writ of certiorari, writ of prohibition and writ of mandamus (which is the exact name to whom the law refer). With

this constitutional lawsuit, it is a resource, provided in section 5, subsection LXIX and LXX, of the Federal Constitution of 1988 and its correlated rule: Brazilian Law number. 12.016/09, which contemplates the civil protection can draw upon when public officials misinterpret the law (among other violations) as it aims to re-establish the legal situation and protect the right of a citizen arbitrarily restricted by a Public Administration authority (Meirelles, 2002, at 31).

## **2 BETWEEN THE GRANTING AND THE DENYING INJUNCTION: WHAT FACTORS INFLUENCE THE JUDICIAL DECISION-MAKING PROCESS?**

To protect citizen's fundamental rights against abuse of power or illegality committed by a member of the Public Administration, the Federal Constitution of 1988 provides, in its section 5, subsection LXIX and LXX, and the Law No. 12.016/09, the writ of mandamus. This resource is a procedural mechanism that secures, whether it is repressive or preventive, at once and ascertainable individual or collective rights against abuse of power or illegality committed by public officials. However, existing literature in the fields of procedure law and administrative law highlights the potential conflicts and violations of clear and indisputable rights that can arise from the improper granting or denial of preliminary injunctions.

What does influence the issuance of Preliminary Injunctions (in *limine*) in Writs of Mandamus within the jurisdiction of Pernambuco's Federal Court?

Throughout the decades, researchers from different areas were challenged to think about thinking (Gazzaniga; Ivry; Mangun, 2006, at 19-21) and decision-making. Although there is no doubt that the human brain — through its systems and microsystems — can perform the activities of thinking and deciding, scholars have realized the need to explain how human beings arrive at a certain decision through thinking. When making decisions, people follow a path, which involves processing information through a chain of neural systems. This process is conducted by the human brain through the nervous system, which, by manipulating information about the internal and

external environment, offers memory, consciousness, language, the ability to project mental self-image, and rationality (Kingsley, 2001, at 1).

Where do those improper granting or denial of preliminary injunction decisions come from?

The literature on the decision-making process argues that when making judgments or decisions, people, in various occupational areas (such as finance, medicine, as well as law) (Berthet, 2022), are susceptible to the use of simplified information processing strategies called heuristics which might result in predictable errors called cognitive biases (hereafter referred to as CB) (Tversky; Kahneman, 1974; Kahneman et. al., 1982; Gilovich, et. al, 2002).

Researchers in the areas of Law, Psychology, Economics, Neuroscience, and Philosophy show that there are extra-legal factors (those that are not linked to the law or norm) and meta-legal factors (which even transcend the field of law and norms) that influence the judge in his decision-making. The whole complexity of that process led a couple of scientists in several areas of Science to examine it considering how humans make decisions in practice:

Decisions, decisions. Life is full of them. You decided to read this book today. Earlier today you decided when to get up; whether to eat breakfast; and if so, what to eat. Usually, you make routine decisions such as these with little effort. But on occasion, you need to make important decisions that require more thought. Big decisions—such as selecting a car, a home, or a job—tend to be more difficult. The alternatives usually have a number of facets that need to be weighed. For instance, in choosing between several cars, you may want to compare their costs, roominess, fuel economy, handling, acceleration, stylishness, reliability, safety features, and warranties (Weiten, 2017, at 272).

Thus, some authors have taken on the challenge of thinking about the decision-making-process (hereafter the process of constructing decisions) from the fundamental and cognitive point of view as it is part of the human routine (Weiten, 2017; Maisto; Morris, 2004; Plous, 1993; Tversky; Kahneman, 1981; Tonetto; Renck; Stein, 2012). However, an aspect that the literature presents in this regard, is that decision-making is a complex cognitive process: irrespective of the choice, there will be a deciding process that consists of selecting alternatives (Tonetto; Renck; Stein, 2012, at 2). That being the case,

the decision-making process is a complex cognitive procedure because it demands the examination of the characteristics of each of the alternatives available and of the consequences that will arise from the choice to be made (Plous, 1993; Tversky. Kahneman, 1981; Simon, 1957).

In this context, cognitive behavioral psychology — which is an area of Psychology that presents some intercessions with the Law area due to its approach concerning the rule and its relationship with people — stands out as it examines the intern processes (such as the apprenticeship, memory, language, reasoning, thinking, etc.) (Eysenck; Keane, 2017, at 18) to understand the human thought process through behavioral pieces of evidence (Eysenck; Keane, 2017, at 19).

The Literature in the area of Cognitive behavior highlights that the use of simple strategies in decision-making focused primarily on the available possibilities (Maisto; Morris, 2004, at 293) has been seen as one of the factors that make such a process more intuitive than rational (Weiten, 2017, at 272). Thus, differently from what the Economic Sciences' theories of rational choice propose, humans have a limited cognitive capacity for mental activities (Maule; Hodkinson, 2002).

Based on this, theorists in the field began to question how people make efficient, adaptive, and satisfactory decisions in reality (Mellers; Schwartz; Cooke, 1998) through the search for rationality within the limits imposed on them, and not through rules (Kahneman, 2003). In addition to this and attending to the need to explain human behavior, studies on limited (or bounded) rationality allow us to comprehend how individuals, make decisions, since the decision-making process can be less rational and consistent (Mellers; Cols, 1998; Munier; Cols, 1999).

To deal with this limit in the face of the complexity of the world and human life, people were led to develop simple simplified information processing strategies that are connected with the cognitive process of decision-making.

Heuristics and biases came from Psychology research developed between the 50s and 60s (Tonetto et al., 2006), about people's behavior when making decisions to solve problems, especially those considered complex (and which require more care when making choices) Gilovich et al., 2002).

Concerning this point, the literature on decision-making points out that the seminal work of Kahneman and Tversky on decision-making in the 1970s opened up a vast research program on how decision-making differs from normative standards. Their studies propose that people tend to overestimate the accuracy of their judgments (overconfidence bias), to perceive events as being more predictable once they have occurred (hindsight bias), or to seek and interpret evidence in ways that are partial to existing beliefs and expectations (confirmation bias) (Tversky and Kahneman, 1974, 1982).

Even though human decisions are the result of their choice based on the available and existing alternatives, which can be predictable, some authors discuss that such decisions cannot be explained in logic and mathematical patterns (Simon, 1955; 1957; Sudgen, 1991; Tisdell, 1996; Colinsk, 1996; Hammond, 2000; Tonetto Et. Al., 2006; Melo; Taciana; Fucidji, 2016) as long as it presents less rational aspects (Heiner, 1983; Colinsk, 1996) since decision can be fallible due to cognitive limits (Simon, 1957, 1955; Hammond, 2000; Gerinzer, 2008).

Behavioral studies that present an intercession between Law and other areas (Cestari, 2016) which examine human behavior show that the judge when interpreting and applying the norm is subject to heuristic shortcuts (heuristics) that deviate (bias) from the objective and rational sphere of Law (Horta, 2019; Rezende, 2019; Vitorelli; Almeida, 2021; Andrade, 2019). The decision-making process shows that there are flaws in the process of drawing inferences from certain circumstances (Tumonis, 2012; Frank, 1973; Hutcheson, 1929), which reflect the cognitive limits of the human being himself (Horta, 2019; Rezende, 2019; Vitorelli; Almeida, 2021; Andrade, 2019) and influence the decision-making process of the judge.

In this context, Kahneman and Tversky (1973) present three heuristics that allow us to analyze the judicial decision, based on the process that gave rise to it: representativeness, availability, and anchoring or adjustment. These heuristics stand for shortcuts that people resort to – unconsciously – to simplify the cognitive process of ideals and reality and make decisions based on a case (Vitorelli; Almeida, 2021).

Among the factors that influence judges to make their decisions are political biases (Gomes Neto; Barbosa; Luna, 2021), strategic biases, personal

experiences, party ideology (Alves; Serra, 2019), and meta-procedural factors (i.e., those that go beyond the procedural norms provided for by law), such as the age and religious values of the judge (Abreu; Gouveia; Colares, 2018). These biases can be divided into three principal categories that the literature which the literature on decision-making process calls formal models of judicial behavior explanation: legalistic, attitudinal, and strategic (models); and can be evaluated through variables that relate each of them to the product of individual decisions or collective decisions connected to the same models (Gomes Neto, 2020).

### **3 METHODOLOGY: RESEARCH DESIGN, MATERIAL, AND METHODS**

The research problem is explored empirically with references to the issuance of Preliminary Injunctions (in *limine*) in Writs of Mandamus — a procedural instrument through which one can protect fundamental rights against abuse of power or illegality committed by a member of the Public Administration.

To answer the same issue, a set of assumptions were made based on the literature view on the judicial decision-making process and were evaluated from a database composed of a sample (size N) of processes concerning writs of mandamus within the jurisdiction of Pernambuco's Federal Court.

The database has a sample (size N) of five hundred (five hundred) actions on civil writs of mandamus, collected from the Universe (U) of 53.006 (fifty thousand and six) actions which were separated into 36 (thirty-six) Federal local Courts, in 2023 period. Since those Federal and local Courts are divided into sections following the object of the action that is submitted to their judgment, it was also applied inclusion criteria (civil actions) and exclusion criteria: civil actions were included in a database while the criminal and tax ones were excluded.

To follow a set of statistics parameters and achieve the research goals (Gomes Neto; Barbosa; Vieira, 2018; Gomes Neto; Barbosa; Paula Filho, 2023, p. 51-52), it was applied a quantitative approach using logistic regression analysis in 218 processes concerning writs of mandamus.

Once the data was collected, a quantitative empirical method by logistic regression (logit) was undertaken to assess the strength of the association between the issuance of preliminary injunctions and these variables: author's profile, subject of litigation, and the granting of free justice benefits. The findings of the estimated econometric models (logit) in this paper are presented in the results section.

## 4 THE INFLUENCE OF PRELIMINARY INJUNCTION (IN LIMINE) IN WRITS OF MANDAMUS WITHIN THE JURISDICTION OF PERNAMBUCO'S FEDERAL COURT: RESULTS OF THE TESTS THROUGH REGRESSION ANALYSIS

What does influence the issuance of Preliminary Injunctions (in limine) in Writs of Mandamus within the jurisdiction of Pernambuco's Federal Court?

The phenomenon of the issuance preliminary injunction in writs of mandamus seems to be associated with a couple of factors that are not strictly related to its rule. Thus, a quantitative examination was conducted with the support of the statistical regression analysis to test, one at time, the strength of the association between the issuance of preliminary injunctions and these variables: author's profile, subject of litigation, and the granting of free justice benefits.

The first test was developed, focusing on the profile of the author that fill the writ with mandamus.

**Table 1:** The issuance of Preliminary Injunctions (in limine) in Writs of Mandamus according to the profile of the author

Model Summary - ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION ▼										
Model	Deviance	AIC	BIC	df	X <sup>2</sup>	p	McFadden R <sup>2</sup>	Nagelkerke R <sup>2</sup>	Tjur R <sup>2</sup>	Cox & Snell R <sup>2</sup>
H <sub>0</sub>	181.855	183.855	187.239	217						
H <sub>1</sub>	169.309	173.309	180.078	216	12.546	< .001	0.069	0.099	0.072	0.056

Coefficients ▼						
	Estimate	Standard Error	z	Wald Test		
				Wald Statistic	df	p
(Intercept)	0.511	0.365	1.399	1.957	1	0.162
X1 (PROFILE OF THE AUTHOR)	1.605	0.435	3.689	13.612	1	< .001

Note. ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION level '1' coded as class 1.

**Note.** The tests proved there is a positive association between the variables. The results for the p-value show statistical significance.

**Source:** author's elaboration based on the original database of this research.

Interpreting the results in the line with estimate coefficient, it is visible that there is a positive (1.605) between the dependent variable (the issuance of the preliminary injunction in writ of mandamus) and the first independent variable: the profile of the author. When it comes to the probability of the occurrence (standard error) of the phenomenon described in the dependent variable mentioned above, it was identified a less chance (0.435) of that the profile of the author influences the concession of the preliminary injunction in writ of mandamus, which means 43.3% odds ratio (in other words, 43.3% of chances of that this event will occur).

This result shows, from the statistical point of view, that the issuance of such procedural mechanism is less associated with the profile of the author (whether it is a citizen or an enterprise). Once the profile of the author does not offer sufficient explanation for the occurrence of the earlier event, what would be the factors that could fill this gap?

It started a second phase of the econometric model and performed a couple of tests focused on the subject of the litigation. As the writ of mandamus is a mechanism which provide a civil protection that can draw upon when Administration, public officials misinterpret the law (among other violations) and violate ascertainable individual or collective rights, it was tested the granting of the preliminary injunction in writ of mandamus whose subject points out to three principal matters of Public Law: Administrative Law, Tax Law and Social Security of Law, that often occupies the judgment within Federal Jurisdiction.

As a follow-up to the regression analysis of this research, it was evaluated the issuance of the preliminary injunction in writ of mandamus in accordance with the Administrative Law.

**Table 2:** The issuance of Preliminary Injunctions (in limine) in Writs of Mandamus concerning the subject of the litigation (Administrative Law)

Model Summary - ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION ▼										
Model	Deviance	AIC	BIC	df	X <sup>2</sup>	p	McFadden R <sup>2</sup>	Nagelkerke R <sup>2</sup>	Tjur R <sup>2</sup>	Cox & Snell R <sup>2</sup>
H <sub>0</sub>	181.855	183.855	187.239	217						
H <sub>1</sub>	168.779	172.779	179.548	216	13.076	< .001	0.072	0.103	0.081	0.058

Coefficients						
	Estimate	Standard Error	z	Wald Test		
				Wald Statistic	df	p
(Intercept)	2.035	0.222	9.178	84.241	1	< .001
X2 (ADMINISTRATIVE LAW)	-1.930	0.510	-3.782	14.306	1	< .001

Note: ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION level '1' coded as class 1.

**Note.** The tests demonstrated there is a negative association between the variables. The results for the p-value indicate statistical significance.

**Source:** author's elaboration based on the original database of this research.

As the Table showed, the estimate coefficient is negative (-1.930), which means that there is no association between the dependent variable (issuance of the preliminary injunction in writ of mandamus) and the independent variable evaluated (Administrative Law). Following the result that the estimate coefficient presented, the odds ratio is irrelevant. Regardless of the statistical significance due to the results for the p-value, it can be concluded that there is no association between that subject of the action and the phenomenon of the concession of the injunction studied.

Keeping in mind the necessity of analyzing the subject of the action to look for further explanation for such behavior, the issuance of the preliminary injunction in writ of mandamus and the Tax Law were also submitted to the econometric regression model that was developed during this research.

**Table 3:** The issuance of Preliminary Injunctions (in limine) in Writs of Mandamus in line with the subject of the litigation (Tax Law)

Model Summary - ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION										
Model	Deviance	AIC	BIC	df	X <sup>2</sup>	p	McFadden R <sup>2</sup>	Nagelkerke R <sup>2</sup>	Tjur R <sup>2</sup>	Cox & Snell R <sup>2</sup>
H <sub>0</sub>	181.855	183.855	187.239	217						
H <sub>1</sub>	167.480	171.480	178.249	216	14.375	< .001	0.079	0.113	0.082	0.064

Coefficients						
	Estimate	Standard Error	z	Wald Test		
				Wald Statistic	df	p
(Intercept)	2.162	0.242	8.923	79.613	1	< .001
X3 (TAX LAW)	-1.682	0.428	-3.929	15.439	1	< .001

Note. ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION level '1' coded as class 1.

**Note.** The tests demonstrated there is a negative association between the variables. The results for the p-value indicate statistical significance.

**Source:** author's elaboration based on the original database of this research.

In this regard, it was possible to see a similar result in comparison to the second test concentrated on administrative matters. The Table above demonstrates a negative estimate coefficient (-1.682), which indicated that the association between the dependent variable assessed (issuance of the preliminary injunction in writ of mandamus) and the independent variable submitted to the same examination model is nonexistent. Likewise, the result for the p-value shows a sufficient statistical significance, however the interpretation of the whole results concludes that there is no association

between the subject of the action studied, and the phenomenon related to the research problem of this paper.

Exploring the same phenomenon through the subjects that often appears in the writ of mandamus's judgment, it was assessed the association between another of the subjects and the issuance of the preliminary injunction. Understanding that the writ of mandamus involves ascertainable individual or collective rights, what other factor related to Public Law could explain it?

When testing the association between the Security Social Law and the event studied, it was seen a different result.

**Table 4:** The issuance of Preliminary Injunctions (in limine) in Writs of Mandamus accordingly with the matter of the litigation (Social Security Law)

Model Summary - ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION ▼											
Model	Deviance	AIC	BIC	df	X <sup>2</sup>	p	McFadden R <sup>2</sup>	Nagelkerke R <sup>2</sup>	Tjur R <sup>2</sup>	Cox & Snell R <sup>2</sup>	
H <sub>0</sub>	181.855	183.855	187.239	217							
H <sub>1</sub>	146.285	150.285	157.054	216	35.570	< .001	0.196	0.266	0.186	0.151	

Coefficients						
	Estimate	Standard Error	z	Wald Test		
				Wald Statistic	df	p
(Intercept)	0.391	0.270	1.448	2.096	1	0.148
X4 (SOCIAL SECURITY LAW)	2.436	0.437	5.580	31.132	1	< .001

Note: ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION level '1' coded as class 1.

**Note.** The tests demonstrated there is a positive association between the variables. The results for the p-value indicate statistical significance.

**Source:** author's elaboration based on the original database of this research.

Once the results of the last test in the line with the subject discussed in the writ of mandamus's actions that composed this research is interpreted, it is visible that there is a positive and medium association between the dependent variable and the independent variable submitted. The estimate coefficient shows a positive association (2.436) while the probability's coefficient shows that there is a 43.7% chance that this phenomenon will happen.

It can be said that the data showed two different kinds of associations concerning the subject of the litigation. On one hand, there is a positive and strong association between the Security Social Law, which means that the application for a preliminary injunction in the writ of mandamus that discusses this matter increases the chances of achieving this result. On the other hand, there is a negative association between the subjects of Tax Law

and Administrative Law, which suggests that the writ of mandamus whose matter approaches these areas reduces with a level of statistical significance the chances of obtaining the preliminary injunction.

The econometric model built also assessed a factor that is connected with the first phase of the writ of mandamus action and the other actions in Brazilian procedure view. In some cases, the author of the litigation (that can be a citizen or an enterprise) makes a request for the granting of free justice benefit in order to avoid the whole expenses of the process. Would the request of such constitutional and infra-constitutional provision influence the judgment, and increase the chances of the issuance of the preliminary injunction within the Jurisdiction of the Federal Court of Pernambuco? To answer, in a complement, this question, it was evaluated the association between this application and the event submitted to the regression.

**Table 5:** The issuance of Preliminary Injunctions (in limine) in Writs of Mandamus in accord with the application for the granting of free justice benefit

Model Summary - ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION ▼										
Model	Deviance	AIC	BIC	df	X <sup>2</sup>	p	McFadden R <sup>2</sup>	Nagelkerke R <sup>2</sup>	Tjur R <sup>2</sup>	Cox & Snell R <sup>2</sup>
H <sub>0</sub>	181.855	183.855	187.239	217						
H <sub>1</sub>	158.690	162.690	169.459	216	23.165	< .001	0.127	0.178	0.124	0.101

#### Coefficients

	Estimate	Standard Error	z	Wald Test		
				Wald Statistic	df	p
(Intercept)	0.521	0.290	1.800	3.240	1	0.072
X7 (FREE JUSTICE BENEFITS)	1.951	0.409	4.769	22.745	1	< .001

Note. ISSUANCE OF PRELIMINARY INJUNCTION level '1' coded as class 1.

**Note.** The tests demonstrated there is a positive association between the variables. The results for the p-value indicate statistical significance.

**Source:** author's elaboration based on the original database of this research.

When assessing the last variable that involves free justice, the statistics demonstrated that there is a positive association between it and the phenomenon. The estimate coefficient shows a positive and strong association (1.951) between the dependent variable (issuance of preliminary injunction in writ of mandamus) and the independent variable (application for free justice benefits). Moreover, the test also demonstrated that there is a medium chance concerning the occurrence of that event: it represents 40% of the chances of receiving the preliminary injunction.

If a citizen fills a writ with mandamus, as a resource to attack a public official decision that violates immediate and ascertainable individual or collective rights, which discuss primarily one of those matters, with an

application for the granting of free justice benefits, it can extend the probability of acquiring the preliminary injunction.

Although it represents a significant quantitative advance in the comprehension of the procedural phenomenon object of this research, the regression analysis (logit) was not able to explain, with more details, the exact reasons behind the behavior of the Federal Judiciary Section of the Federal Justice of the State of Pernambuco. This particular aspect requires a further and isolated examination, through a qualitative method, as far as it follows a bunch of information that involves the reasons whereby judges respond positively to the request of granting or denying such injunctions (Gomes Neto; Silva; Albuquerque, 2024).

## **CONCLUSION**

As has been demonstrated in this paper, other factors can influence the decision-making process of the Federal judges.

Using a regression analysis, it was found that the profile of the author who filed the writ of mandamus, the subject of the action, and the application for the granting of free justice benefits.

First of all, statistics pointed out that there is a positive association between the profile of the author and the issuance of Preliminary Injunctions (in limine) in the Writs of Mandamus. In other words, if the citizen fills a writ with mandamus, it increases the chances of getting such a provision.

The data showed two different kinds of associations concerning the subject of the litigation. On one hand, there is a positive and strong association between the Security Social Law, which means that the application for a preliminary injunction in the writ of mandamus that discusses this matter increases the chances of achieving this result. On the other hand, there is a negative association between the subjects of Tax Law and Administrative Law, which suggests that the writ of mandamus whose matter approaches these areas reduces with a level of statistical significance the chances of obtaining the preliminary injunction.

When testing the last variable that involves free justice, the statistics demonstrated that if a citizen fills a writ with mandamus, as a resource to

attack a public official decision that violates immediate and ascertainable individual or collective rights, which discuss primarily one of those matters, with an application for the granting of free justice benefits, it can extend the probability of acquiring the preliminary injunction.

The empirical-qualitative model developed has indicated the Federal Judiciary Section of the Federal Justice of the State of Pernambuco presents a distinct behavior in comparison with what the literature suggests because the decision on the issuance of the preliminary injunction is associated with other factors that exceed the provision of Brazilian procedure law.

Despite that, this quantitative research was not able to fully comprehend the arguments used by judges to confer or not the preliminary injunction. This aspect requires a deep and detailed examination, through a qualitative method, as far as it follows a bunch of information that involves the reasons whereby judges respond positively to the request of granting or denying such injunctions.

This paper aims to contribute to the studies on Judicial Behavior in Law and Political Science. Considering its theoretical and empirical basis, it is possible to provide, with a considerable statistical level of inference, a more comprehensive understanding of the potential conflicts and violations of clear and indisputable rights that may arise from the improper granting or denial of preliminary injunctions, within the Federal Judiciary Section of the Federal Justice of the State of Pernambuco.

## REFERENCES

ABREU, R.; GOUVEIA, L.; COLARES, V. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, 2018.

ALVES, F.; OLIVEIRA SERRA, J. Como os Juízes decidem: uma análise sob a perspectiva do Realismo Jurídico, **Argumenta Journal Law**, n. 30, p. 391-404, 2019.

ANDRADE, F. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal, **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 3, p. 1651-1677, 2019.

- ANDRADE, F. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos, **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, p. 507-540, 2019.
- BARBI, C. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro, Forense, 10<sup>a</sup> edição, 2002.
- BARNETT, H. **Constitutional & Administrative Law**, 20<sup>a</sup> ed. Nova Iorque: Routledge, 2017.
- BERG, N. Decision-making environments in which unboundedly rational decision makers choose to ignore relevant information, **Global Business and Economics Review**, v. 7, n. 1, p. 59-73, 2005.
- BERTHER, V. The impact of cognitive biases on professionals' decision-making: A review of four occupational areas, **Frontiers in psychology**, 2022.
- CESTARI, R. **Decisão Judicial e Realismo Jurídico: evolução das pesquisas sobre comportamento judicial**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016. Orientador: Prof. Dr. Sergio Nojiri.
- COLINSK, J., Why bounded rationality, **Journal of Economic Literature**, vol. 34, no. 2, jun., 1996.
- EYSENCK, M.; KEANE, M. **Manual de psicologia cognitiva**. 7<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.
- FERRAZ, T. Impactos do inconsciente sobre a decisão judicial: a importância da tomada de consciência do fenômeno, **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 20, n. 112, p. 37-54, nov./dez. 2018.
- FRANK, J. **Courts on trial: myth and reality in American justice**, Princeton: Princeton University Press, 1973.
- GAZZANIGA, M.; IVRY, R.; MANGUN, G. **Neurociência cognitiva: a biologia da mente**, 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- GILOVICH, T.; GRIFFIN, D.; KAHNEMAN, D. **Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- GOMES NETO, J. Como decidem os Juizes? Comparando os modelos formais explicativos do comportamento judicial, **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 228-255, 2020.

GOMES NETO, J.; BARBOSA, L.; LUNA, R. Liberdade para quem? Existem vieses políticos no julgamento de habeas corpus da competência originária do Supremo Tribunal Federal?, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 175. Ano 29. 2021.

GOMES NETO, J.; BARBOSA, L.; PAULA FILHO, A. **O que nos dizem os dados?** Uma introdução à pesquisa jurídica quantitativa. Rio de Janeiro: Vozes, 2023.

GOMES NETO, J.; BARBOSA, L.; VIEIRA, J. Explicando decisões: as aplicações da análise por regressão logística (Logit) no estudo do comportamento judicial, **Direito Público**, v. 15, n. 82, 2018.

GOMES NETO, J.; ALBUQUERQUE, R. SILVA, R. **Estudos de caso:** manual para a pesquisa empírica qualitativa, Petrópolis: Vozes. 2024.

HAMMOND, K, **Judgments under stress**, Oxford: Oxford, 2000.

HEINER, R. A. The origin of predictable behavior, **American Economic Review**, vol. 73, no. 4, September 1983.

HORTA, R. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 3, 2019.

HUTCHESON JR, J. Judgment intuitive: the function of the “Hunch” in **Judicial Decision**, 1929, p. 274-88.

KAHNEMAN, D. A perspective on judgment and choice: mapping bounded rationality, **American Psychologist**, 58 (9), 697-720, 2003.

KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P.; TVERSKY, A. **Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases**, New York: Cambridge University Press, 1982.

KERSTHOLT, J. The effect of time pressure on decision making behavior in a dynamic task environment, **Acta Psychologica**, 86, 89-104, 1994.

KINGSLEY, R. **Manual de Neurociência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogang, 2001.

MAISTO, A.; MORRIS, C. **Introdução à Psicologia**, 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

LAPLACE, P. **Théorie analytique des probabilités**, Courcier, Paris, 1812.

MAULE, J. A.; HODGKINSON, G. P. Heuristics, biases and strategic decision making, **The Psychologist**, 15 (2), 68-71, 2002.

MEIRELLES, H. **Mandado de segurança**, São Paulo, Malheiros, 24<sup>a</sup> edição, 2002, p. 31.

MELLERS, B. A.; Schwartz, A.; COOKE, A. Judgment and decision making, **Annual Review of Psychology**, 49, 447-477, 1998.

MELO, T.; FUCIDJI, J. Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos, **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 36, p. 622-645, 2016.

OQUENDO, Á. Comparative reflections on the vindication of rights in Brazil, **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2021.

PLOUS, S. **The psychology of judgment and decision making**, New York: McGraw-Hill, 1993.

POSNER, R. **How judges think**. London: Harvard University Press, 2008.

REZENDE, Maria Isabel Rosifini Alves, A teoria da decisão judicial: como os juízes julgam? **Arch. Health Invest**, p. 210-216, 2019.

ROBERT, C. **Reading theorie analytique des probabilités**, arXiv preprint arXiv: 1203.6249, 2012.

SIMON, H. A.; A Behavioral Model of Rational Choice, **Quarterly Journal of Economics**, vol. 69, no. 1, fevereiro, pp. 99-118, 1955.

SIMON, H. **Models of man**, New York, NY: Wiley, 1957.

SUDGEN, R. Rational Choice: A Survey of Contributions from Economics and Philosophy. **The Economic Journal**, vol. 101, no. 407, julho, pp. 751-785, 1991.

TISDELL, C. **Bounded Rationality and Economic Evolution: a contribution to decision-making, economics and management**, Aldershot: Edward Elgar, 1996.

TONETTO, Leandro Miletto *et al.*, O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza, **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, p. 181-189, 2006.

TONETTO, L.; RENCK, P.; STEIN, L. Cognição, Design e Consumo: A racionalidade limitada na tomada de decisão, **Estudos em Design**, v. 20, n. 2, 2012.

TUMONIS, V. Legal realism & judicial decision-making, **Jurisprudence**, 2012.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgment under uncertainty: heuristics and biases, **Science**, 1124–1131, 1974.

WEITEN, W. **Psychology: Themes and variations**, Cengage Learning, 2021.

ZANETI JR, H.; PEREIRA, C. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica, **Revista de Processo**, 2016.

Recebido em: 15/07/2024

Aceito em: 16/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11455



## SUSTENTABILIDADE ENERGÉTICA E PRODUÇÃO DE CRIPTOMOEDAS

### ENERGY SUSTAINABILITY AND CRYPTOCURRENCY PRODUCTION

*Alejandro Knaesel Arrabal*

Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Docente dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPq-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT – Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau – FURB.

[arrabal@furb.br](mailto:arrabal@furb.br)

<https://orcid.org/0000-0002-0927-6957>

*Ubirajara Martins Flores*

Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Especialista em Direito Público e em Gestão Universitária pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Integrante do grupo de pesquisa Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPq-FURB).

[bira@furb.br](mailto:bira@furb.br)

<https://orcid.org/0000-0002-5887-7839>

*Davi Tiskoski Serratine*

Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pós-graduando em Advocacia Cível pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Advogado na Serratine Advocacia & Consultoria Jurídica.

[daviserratine@gmail.com](mailto:daviserratine@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-6598-0877>

**RESUMO:** O trabalho aborda a questão da sustentabilidade energética caracterizada como um vetor de significativa relevância ambiental, frente aos potenciais impactos da produção de criptomoedas, atividade diretamente vinculada a massiva operação de computadores, configurações de hardware e métodos computacionais envolvidos. Procura-se descrever as implicações para o meio ambiente natural em decorrência do crescente mercado de criptoativos, além de apontar os projetos e iniciativas orientadas a prover condições para o desenvolvimento das chamadas tecnologias verdes. O trabalho revela o caráter ainda muito recente dos estudos e relatórios publicados sobre a relação entre produção de criptomoedas e potenciais impactos ambientais, o que compromete diagnósticos mais precisos para orientar a formulação de políticas públicas, adequadas as especificidades do setor. De todo modo, constata-se a existência de iniciativas por parte dos atores envolvidos, voltadas ao desenvolvimento e uso de tecnologias ambientalmente sustentáveis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sustentabilidade Energética; Criptomoedas; Eletricidade; Tecnologias Verdes.

**ABSTRACT:** The work addresses the issue of energy sustainability, characterized as a vector of significant environmental relevance, considering the potential impacts of cryptocurrency production, an activity directly linked to the massive operation of computers, hardware configurations, and computational methods involved. It seeks to describe the implications for the natural environment due to the growing cryptocurrency market, as well as to highlight projects and initiatives aimed at providing conditions for the development of so-called green technologies and green cryptocurrencies. The work reveals the still very recent nature of the studies and reports published on the relationship between cryptocurrency production and potential environmental impacts, which hinders more precise diagnostics to guide the formulation of sector-specific public policies. Nevertheless, there is evidence of initiatives by the involved parties focused on the development and use of environmentally sustainable technologies.

**KEYWORDS:** Environmental Sustainability; Cryptocurrencies; Electricity; Green Technologies.

**Como citar:** ARRABAL, Alejandro Knaesel; FLORES, Ubirajara Martins; SERRATINE, Davi Tiskoski. Sustentabilidade Energética E Produção De Criptomoedas. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umarama, v. 27, n. 2, p. 385-408, 2024.

## INTRODUÇÃO

A humanidade já compreende a estreita e complexa relação entre os diversos seres e elementos que constituem o planeta. Entretanto, a inconclusão e inquietude existenciais lançam o homem ao protagonismo da transformação do ambiente e de si mesmo, o que mantém latente a necessidade de instituir parâmetros e limites sobre o agir.

Inovar é a tônica do século XXI, assim como é a sustentabilidade, a fim de proporcionar existência planetária digna a todos. Para Sachs (2009), o desenvolvimento sustentável assume caráter multidimensional, na medida que as expectativas de mudança e preservação se projetam de forma integrada nos planos social, cultural, ecológico, ambiental, territorial, econômico e político. Nesse contexto, a sustentabilidade diz respeito ao equilíbrio dos inúmeros sistemas ambientalmente naturais com os sistemas artificiais produzidos pela humanidade, como verifica-se no estreito vínculo entre os fenômenos climáticos e a matriz energética global. O contemporâneo, repleto de artefatos tecnológicos que possibilitam comunicação plena e imediata, evidencia o desafio de reconhecer a importância do diálogo entre o que é local e global do que é privado e público; do que é natural e artificial.

Herdeiras dos sistemas de códigos que integram o desenvolvimento das tecnologias de informação, as criptomoedas surgiram como alternativa descentralizadora frente ao modelo monetário estatal. Na condição de unidade de valor, sua “emissão” é tecnicamente diferenciada. Presente apenas no plano digital, ela decorre de engendramentos algorítmicos sofisticados, os quais exigem robusto processamento computacional dedicado à resolução de equações matemáticas complexas. Ocorre que a realização desses processos, por sua vez, demanda quantidade considerável de energia, o que diz respeito a realidade ambiental. Recente estudo publicado pela revista *Nature* afirma que cada US\$ 1 em valor de Bitcoin criado foi responsável por US\$ 0,35 em danos climáticos globais (Jones; Goodkind; Berrens, 2022). Por outro lado, o Conselho de Mineradores de Bitcoins formado por 51 organizações de 5 continentes publicaram dados também recentes que, entre outros aspectos, afirmam a liderança da “indústria de Bitcoins” em sustentabilidade ambiental,

considerando que 59,4% dos players do setor usam fontes sustentáveis de energia (Bitcoin Mining Council, 2022)

Tendo em vista esses fatores, propõe-se aqui observar as condições a partir das quais o fenômeno de produção de criptomoedas gera (ou não) impactos à sustentabilidade energética e, por consequência, ao meio ambiente natural. Realizada predominantemente por meio de revisão sistemática de dados indiretos disponíveis em revistas científicas, bases de dados administrativos e legislativos, portais de notícias e de organizações do setor de criptomoedas, a pesquisa resultou no presente artigo estruturado em três partes.

A primeira parte do estudo oferece o conceito de criptomoeda e discorre sobre as peculiaridades de sua produção. A segunda traz um breve relato histórico sobre a eletricidade, assim como aborda o seu conceito e importância estrutural para a microeletrônica e para a emergência da era da Informação. Apresenta também elementos sobre a matriz energética global, sua relação com as tecnologias informacionais e de produção de criptomoedas, bem como menciona as iniciativas regulatórias norte americana e europeia do setor. Por fim, o conceito de tecnologia verde é tratado na terceira parte, assim como um recorte dos projetos que integram o conceito de criptoativos verdes, com especial atenção à plataforma Algorand.

## 1 CRIPTOMOEDAS

A subsistência humana pressupõe diversidade de recursos cujo acesso envolve trocas, mediadas a muito tempo por objetos que representam unidade de valor. Consta que aproximadamente nos anos 600 a. C., na Ásia Menor Ocidental, surgiram as primeiras moedas feitas de uma liga natural de ouro e prata chamada *electro*<sup>1</sup>, e dotadas de marcações de valor em sua superfície, “cunhadas” pelas autoridades reinantes. Observa-se que “as moedas de eletro mais antigas se caracterizam pela precisão no peso e na liga de ouro e prata. Agregada ao suporte oficial simbolizado pela figura nelas impressa, pretendia

---

<sup>1</sup> É curioso para o presente estudo que a palavra *Electro*, originariamente associada a criação da moeda, tenha evoluído etimologicamente para designar a palavra eletricidade. Isso porque “os romanos designavam com esta palavra tanto a liga de prata e ouro como o âmbar, uma resina fóssil que possui a propriedade de se eletrizar” (Sánchez, 2020, n. p.).

conferir à moeda um valor fixo e superior ao do metal que continha” (Sánchez, 2020).

Da designação clássica como objeto de representação de valor – materialmente feito de algum metal – a palavra “moeda” passou a referir também o próprio meio para realização de transações monetárias, independentemente de sua forma (metal, cédula ou assemelhada). Com a crescente informatização do sistema financeiro, tornou-se cada vez mais comum o fluxo monetário a partir de operações realizadas por meio digital.

A capilaridade das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), em parte devida ao crescente uso dos dispositivos móveis no início do século XXI, associada a exponencial capacidade de processamento dos computadores e sua conectividade em rede, possibilitou o implemento concreto de novas formas de representação/circulação de unidades monetárias, como é o caso do Bitcoin (BTC). Trata-se da primeira criptomoeda que obteve notoriedade<sup>2</sup>.

Criada Satoshi Nakamoto<sup>3</sup>, sua concepção técnica encontra-se no *whitepaper* publicado em 2008 “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*” (BITCOIN PROJECT, 2009). Além do Bitcoin, inúmeras criptomoedas foram posteriormente desenvolvidas. Embora não seja possível precisar o número, portais de investimentos como CoinMarketCap (2022) indicam um montante atual superior a vinte mil.

Para efeito do presente estudo, é possível afirmar que uma criptomoeda consiste em uma unidade de valor financeiro, implementada por meio de técnicas criptográficas computacionais.

A dinâmica de produção de criptomoedas, em especial do Bitcoin, é conhecida como “mineração”, evidente metáfora do processo de extração de minérios e cuja identidade simbólica diz respeito, de modo amplo, aos custos

---

<sup>2</sup> “Embora o Bitcoin tenha sido a primeira modalidade de dinheiro digital a conseguir sucesso em seu funcionamento de mais larga escala, o tema e seus desdobramentos práticos foram alvo de pesquisa e comentários por diversos matemáticos, criptógrafos, cientistas da computação e até mesmo alguns economistas ao longo das últimas três décadas.” (ALEIXO, 2017).

<sup>3</sup> “Desde a época em que o bitcoin foi criado, e posteriormente implementado em 2009, a identidade de Satoshi Nakamoto se manteve anônima. Por meio de um pseudônimo utilizado para se identificar na internet, a pessoa ou o grupo de pessoas responsável por criar a primeira criptomoeda nunca se revelaram ao público. O próprio pseudônimo, que se fez presente em fóruns e sites na época, logo deixou de aparecer, deixando uma carteira digital com o equivalente a bilhões de dólares sem movimentação. Atualmente, Satoshi Nakamoto se transformou em um verdadeiro mistério que habita as mentes da comunidade cripto.” (SILVA, 2022).

de operação envolvidos. A mineração digital demanda o emprego de computadores com alta capacidade de processamento de dados, a fim de realizar operações matemáticas com a maior velocidade possível.

Do ponto de vista técnico, a mineração de criptomoedas corresponde a um processo de integralização de transações “encadeadas” a outras, constituindo uma rede Blockchain, envolvendo cálculos matemáticos robustos (Exame Invest, 2022). É possível realizar uma comparação “grosseira” da mineração com a impressão de dinheiro físico, todavia, a diferença entre os dois sistemas é que na Blockchain, o processo de produção de criptomoedas é descentralizado, o que possibilita, *a priori*, qualquer pessoa participar da “emissão de moedas”, diferente portanto do sistema bancário centralizado.

Para compreender como funciona a mineração de criptomoedas, é preciso entender como ocorrem as transações de uma Blockchain como a do Bitcoin. [...] Quando o usuário envia uma criptomoeda ou partes dela para outra pessoa, essa transferência fica registrada na Blockchain dentro de um bloco semelhante a um cofre. Esse bloco, assim que fica cheio de transações de vários usuários, precisa ser “selado” com um identificador, que funciona como um cadeado. Na ciência da computação, isso é chamado de *hash*. Quem coloca a *hash* no bloco (ou o cadeado no cofre) são os mineradores – nome das pessoas e empresas que usam seus computadores para ajudar a manter todo o sistema. [...] Para encontrar a *hash* correta de um bloco, no entanto, os mineradores precisam resolver complexos problemas matemáticos. [...] quanto mais pessoas tentam minerar, mais poder computacional é necessário para se encontrar a solução. Depois que um minerador finaliza o cálculo e acha o resultado, ele apresenta para toda a rede. Se os outros membros disserem “ok, está correto”, o novo bloco é adicionado a cadeia. Depois disso, começa uma nova competição pela verificação do bloco seguinte, e assim por diante (Infomoney, 2022b).

Como a mineração de Bitcoins é uma espécie de “competição”, quanto mais poderosa a capacidade de processamento computacional, maior a chance de sucesso. Em razão desse fato, desdobram-se os problemas de caráter ambiental. A obtenção de melhor capacidade de processamento computacional demanda maior número de equipamentos, o que impacta na exploração de recursos naturais pela indústria de equipamentos eletrônicos<sup>44</sup>.

Centros de Processamento de Dados (CPDs – também chamados *Data Centers*) foram criados especialmente para prover a mineração de

---

<sup>44</sup> A obtenção dos minérios empregados na indústria de microeletrônica e semicondutores pressupõe a atividade de extração mineral que, por sua vez, gera impactos ambientais significativos, a exemplo do desmatamento das áreas que contém o minério, a alteração da topográfica, da fauna e da flora na área de extração, o depósito de rejeitos tóxicos, entre outros impactos (Bonfim, 2017).

criptomoedas, contendo muitos supercomputadores com placas de vídeo de última geração, capazes de validar diversos novos blocos, gerando assim recompensas competitivas na forma de criptoativos. Trata-se de “grandes instalações utilizadas para abrigar sistemas computadorizados ou componentes associados, como sistemas de telecomunicações e armazenamento” (Figueiredo, 2016).

A revolução proporcionada pela microeletrônica e pelos sistemas de telecomunicação deu origem aos complexos *Data Centers* que utilizam eletricidade em grandes quantidades para alimentar operações de computadores e garantirem o seu resfriamento. Servidores, redes e armazenamento em nuvem são partes cruciais da infraestrutura digital que processa informações que navegam pelo mundo para atender demandas organizacionais (Yergin, 2014).

Para manter sua atualização e funcionamento, os *Data Centers* demandam quantidade cada vez maior de energia (Lucivero, 2020), haja vista sua condição estratégica como estruturas que constituem o sistema nervoso central do Século 21, o denominado *Big Data* (Whitehead *et al*, 2014, p. 156). Em decorrência dos processamentos intensivos e fornecimentos ininterruptos que caracterizam os serviços digitais, exige-se que a operação dos *Data Centers* permaneça ativa 24 horas por dia, para que as operações ocorram nos prazos estabelecidos e com a garantia de segurança. (Geng, 2015, p. 15).

Abaixo imagens de dois *Data Centers* dedicados a mineração de criptomoedas. O primeiro localizado em Boden na Suécia e o segundo em Norilsk na Sibéria:

**Imagem 1:** “Blockchain HIVE” em Boden - Suécia



**Fonte:** Infomoney (2022a)

**Imagem 2:** “BitCluster” em Norilsk - Sibéria

Fonte: Infomoney (2022a)

Nessas estruturas, a demanda de energia elétrica provém dos supercomputadores e dos sistemas de refrigeração, necessários para preservar a vida útil dos equipamentos envolvidos diretamente na mineração, assim como na manutenção (*backup*) de todos os dados processados.

## **2 PROCESSAMENTO DE DADOS E SUSTENTABILIDADE ENERGÉTICA**

Diferente do imaginário popular, a palavra “energia” designa um adjetivo e não um substantivo. Trata-se da *capacidade* de executar trabalho ou realizar ação. Na Física há muitos meios e condições a partir dos quais a energia pode manifestar-se, um deles diz respeito a eletricidade. A *corrente* elétrica consiste no movimento de elétrons, cujo fluxo e o efeito eletromagnético (entre outros<sup>5</sup>), são responsáveis por dinamizar motores e equipamentos de inúmeras ordens.

No ano de 1752, o polímata norte americano Benjamin Franklin realizou o famoso experimento, içando uma chave amarrada a um fio de pipa em uma tempestade (IER, 2020). Ele comprovou que o raio é uma corrente elétrica de grandes proporções, lançando a ideia básica para a criação do para-raios (Heinisch, n. d.). Nesta época (e mesmo antes) a eletricidade era conhecida, mas pouco compreendida. Os primeiros avanços no domínio desse campo ocorreram em 1831, quando o cientista britânico Michael Faraday

---

<sup>5</sup> Há também outros efeitos como: Joule, eletroquímico, luminoso e fisiológico (Lourenço; Silva; Silva Filho, 2007)

descobriu, de fato, os princípios básicos para gerar eletricidade. Tendo como base os experimentos de Benjamin Franklin, Faraday observou que poderia “criar” uma corrente elétrica utilizando-se de ímãs dentro de uma bobina com fios de cobre. Assim, Faraday descobriu a indução eletromagnética, revolucionando o processo de geração e uso de energia (IER, 2020).

Tempos depois, em 1879, já nos Estados Unidos, Thomas Edison fundou a empresa Edison *Illuminating Company* e somente três anos depois inaugurou sua primeira usina elétrica (Iberdrola, 2022). Desde então, a energia elétrica tornou-se um componente fundamental para o desenvolvimento tecnológico e, ao lado de outros experimentos e progressos no campo da química, representa o marco da segunda revolução industrial.

Gradualmente o mundo testemunhou a eletrificação de inúmeras atividades e processos produtivos. Um dos benefícios mais explícitos foi a luz elétrica. Na Exposição Mundial de 1900 em Paris, pela primeira vez a eletricidade iluminou a Torre Eiffel com a instalação de 5 mil lâmpadas dispostas sobre a sua estrutura (Pariscityvision, 2019).

Boss (2018) comenta que na Suíça, “país com a maior produção de eletricidade per capita” em 1910, ela possibilitou a mecanização de pequenas empresas e artesãos que, antes, não tinham a possibilidade de adquirir máquinas a vapor.

Nas décadas de 1970 e 1980, a sociedade enfrentou crises energéticas que passaram a exigir investimentos em fontes alternativas de geração de energia, como usinas atômicas, hidrelétricas ou eólicas para aumentar a produção. O debate sobre eficiência energética esteve integrado às expectativas de sustentabilidade. Em 1972 ocorreu a Conferência de Estocolmo, um marco histórico da sustentabilidade mundial que lançou as diretrizes iniciais acerca da necessidade de limites à degradação ambiental.

No transcurso dos séculos XIX e XX, o domínio da eletricidade estabeleceu as condições fundamentais para a emergência da eletrônica, posteriormente da microeletrônica, e com elas, dos instrumentos e das infraestruturas globais de telecomunicação e da informática. Atualmente, a produção, reprodução e fluxo de dados envolvem *Data Centers*, infraestruturas corporativas e computadores, smartphones e dispositivos IoT. Estima-se para este cenário um incremento de 530% até 2025, ou seja, um

crescimento de 33 Zettabytes (ZB) em 2018 para 175 ZB em 2025 (Reinsel; Gantz; Rydning, 2018).

Cinquenta anos após a Conferência de Estocolmo, apesar da operacionalização de suas diretrizes, viceja uma crise ecológica de proporções globais (Reichmann, *et al.*, 2012). Como reflexo da última revolução computacional, nos últimos dez anos a economia mundial voltou sua atenção (e operação) para o Big Data (Lucivero, 2018) e, ironicamente, o alto consumo de eletricidade no processamento e armazenamento de dados (por meio de smartphones, redes sociais, migração de processos e serviços para o meio digital) tem agravado a crise (Rifkin, 2019).

Ao conceber o sistema digital no campo das telecomunicações, Claude Shannon definiu o horizonte técnico da Sociedade da Informação (Soni; Goodman, 2018), termo que substitui o conceito de Sociedade Pós-industrial, na medida que a tônica diz respeito a informação como insumo determinante (Werthein, 2000). Contudo, é necessário considerar que há uma intrínseca relação entre a demanda de fluxo e processamento de dados articuladas via computadores em rede e a demanda energética que os mantêm.

Segundo dados da *International Energy Agency* referentes a 2020 (IEA, 2022) são gerados no mundo aproximadamente 27 milhões de GWh (Gigawatt-hora). Como se observa no gráfico abaixo, a matriz global responsável pela geração de eletricidade é composta por diversas fontes de energia, sendo que mais de 50% do provimento diz respeito a fontes não renováveis (Carvão e Gás natural).

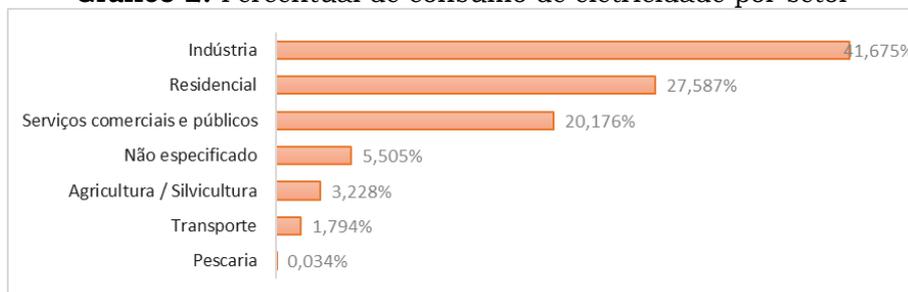
**Gráfico 1:** Percentual de produção de eletricidade por fonte



Fonte: elaborado pelos autores a partir de dados da IEA (2022)

Já em relação à demanda por eletricidade, os maiores percentuais encontram-se na indústria, no contexto residencial e nos serviços.

**Gráfico 2:** Percentual de consumo de eletricidade por setor



Fonte: elaborado pelos autores a partir de dados da IEA (2022)

Schwab (2016) considera que uma das principais características da realidade tecnológica contemporânea, referida por ele como a quarta revolução industrial, diz respeito ao fato de a informática atuar como uma espécie de catalizador que combina diversos saberes e atividades. Nesse sentido, a capilaridade da informatização é um fato que, entre outros aspectos, torna mais estreita a relação entre as tecnologias digitais e a produção de energia elétrica.

A demanda por serviços digitais está crescendo rapidamente. Desde 2010, o número de usuários da Internet em todo o mundo mais que dobrou, enquanto o tráfego global da Internet aumentou 20 vezes. As rápidas melhorias na eficiência energética, no entanto, ajudaram a moderar o crescimento da demanda de energia de *Data Centers* e redes de transmissão de dados, que respondem por 1-1,5% do uso global de eletricidade. (IEA, 2022a).

Ao passo que as tecnologias informacionais são recebidas com grande ânimo, o armazenamento de dados e a automação de atividades e de serviços exige grandes instalações e recursos naturais finitos como água e energias não renováveis. A sociedade digital e a economia eletrônica estão distantes de atingir seu limite de consumo, pois, ao tempo em que a disponibilidade de equipamentos, serviços e a população mundial crescem, cresce junto a necessidade de fontes de energia (Cardoso, 2017).

No contexto específico das criptomoedas, o entusiasmo no setor tem fomentado a criação de máquinas e estruturas próprias, o que aponta a necessidade de dimensionar a evolução das organizações e práticas

envolvidas, a fim de avaliar o emprego de medidas que possam reduzir os impactos ambientais relacionados.

Criptoativos podem exigir quantidades consideráveis de uso de eletricidade, o que pode resultar em emissões de gases de efeito estufa, bem como poluição adicional, ruído e outros impactos locais para comunidades que vivem perto de instalações de mineração. (The New York Times, 2021).

Um levantamento realizado pela Universidade de Cambridge aponta que a atividade de mineração, especificamente de Bitcoin, através dos centros de mineração espalhados pelo mundo, consome mais energia que toda a Argentina, sendo a mineração de *cripto* consumidora de aproximadamente 130,9 Terawatt-horas por ano, e a Argentina aproximadamente 125 Terawatt-horas por ano. O consumo de energia elétrica proveniente da mineração do bitcoin, além de ser maior que o consumo anual de energia da própria Argentina, é também maior do que países como Holanda (108,8 TWh) e Emirados Árabes Unidos (113,20 TWh), e ainda é capaz de alimentar todas as chaleiras utilizadas no próprio Reino Unido, por 27 (vinte e sete) anos. (Criddle, 2021).

O desempenho atual dos *Data Centers* exige 2% da produção mundial de energia elétrica (Rodriguez, 2022, n. p.), de modo que a manutenção da espinha dorsal do *Big Data*, que processa uma infinidade de informações, tem relação direta com o consumo de energia, emissão de CO<sub>2</sub>, produção de resíduos e, nesse sentido, exige alternativas de equilíbrio no que diz respeito à sustentabilidade.

Por outro lado, Simon (2022, n. p.) informa que, diferente dos *Data Centers* tradicionais que orientam seus recursos técnicos em “disponibilidade e confiabilidade - uma necessidade para a maioria dos outros *Data Centers* - as instalações de criptografia se concentram principalmente na otimização do custo do desempenho da computação”, o que aponta para um diferencial em termos de consumo de energia elétrica.

Em terras norte-americanas, por ato do poder executivo federal, em 14 de março de 2022, foram determinadas diversas ações com vistas a “garantir o desenvolvimento responsável de ativos digitais”. Entre outras obrigações, foi exigido ao Diretor do Escritório de Política de Ciência e Tecnologia e ao Diretor de Tecnologia dos Estados Unidos, em consulta ao Secretário do Tesouro, ao

Presidente do *Federal Reserve* e aos chefes de outras agências relevantes, encaminhar à Presidência um relatório de avaliação técnica para orientar a adoção de medidas no setor (United States of America, 2022a). Publicado em setembro de 2022, o documento aponta de modo geral para a adoção das seguintes medidas:

- a. iniciar um processo colaborativo com estados, comunidades, a indústria de criptoativos e outros para desenvolver políticas ambientais eficazes e baseadas em evidências, focadas em padrões de desempenho para o desenvolvimento e uso ambientalmente responsáveis de criptoativos;
- b. realizar avaliações de confiabilidade das operações de mineração de criptoativos atuais e previstas;
- c. por parte da *Energy Information Administration*, coletar e analisar informações de mineradores de criptoativos e concessionárias de energia elétrica a fim de possibilitar a tomada de decisão baseadas em evidências sobre as implicações dos criptoativos em relação a energia e ao clima;
- d. instituir e atualizar periodicamente, padrões de conservação de energia para equipamentos de mineração de criptoativos, *blockchains* e outras operações análogas;
- e. incentivar os empreendedores de criptoativos que tornem pública informações sobre os locais de mineração de criptoativos, o uso anual de eletricidade, entre outros aspectos;
- f. investir em P&D para aumentar a precisão de estimativas no setor, bem como para melhorar a sustentabilidade ambiental de ativos digitais, incluindo modelagem de impacto de criptoativos, avaliação de impactos de justiça ambiental e compreensão de usos benéficos para gerenciamento de rede e mitigação ambiental (OSTP, 2022).

Por sua vez, a União Europeia caminha para a regulamentação de criptoativos (MiCA - *Markets in Crypto-Assets*). Orientada a proteção dos consumidores, a normativa proposta estabelece fortes requisitos aos provedores de serviços de criptoativos, a fim de proteger carteiras e serem

responsabilizados, caso percam os criptoativos dos investidores (Council Of The European Union, 2022b).

Os atores do mercado de criptoativos serão também obrigados a declarar informações sobre impactos ambientais e climáticos. A ESMA - *European Securities and Markets Authority*, irá desenvolver projetos de normas sobre conteúdo, metodologias e apresentação de informações relacionadas a impactos ambientais. A Comissão Europeia deverá prover um relatório de impacto ambiental dos criptoativos e a introdução de padrões mínimos obrigatórios de sustentabilidade (Council Of The European Union, 2022a).

### **3 TI VERDE E CRIPTOATIVOS VERDES**

Com o propósito de reduzir o custo energético da mineração de criptoativos, surgiram propostas de produção de criptomoedas com emprego de energia limpa, “TI Verde” e projetos de criptoativos verdes (Martins, 2022)

As normas jurídico ambientais se preocupam “com todos os bens, sejam eles naturais ou não” (Milaré, 2020, p. 138). Nesse sentido, a adoção de práticas e recursos mais sustentáveis diz respeito a uma economia comprometida com a adequada alocação de recursos escassos (o que inclui os componentes eletrônicos), bem como o uso de fontes de energia livres de emissão poluentes (Lunardi; Simões; Frio, 2014).

O emprego de fontes renováveis de energia para reduzir danos e gastos energéticos tende a ser fomentada por governos a partir de incentivos fiscais e subsídios. No Brasil, o município de Maricá (2021) estabeleceu “regime diferenciado de tributação local para iniciativas de proteção ambiental, como as chamadas ‘moedas verdes’ (criptomoedas sustentáveis), fundos verdes e outros projetos”. Para Simon (2022, n. p.), “cada vez mais, grandes mineradores de criptomoedas também buscam reivindicar melhores credenciais de sustentabilidade e o uso de energia renovável tornou-se um foco recente”.

O termo “TI Verde” designa um conjunto de tecnologias e iniciativas orientadas à redução de custos da energia, refrigeração e despesas com operações computacionais (Lunardi; Simões; Frio, 2014). Implica na adoção de práticas sustentáveis e éticas, orientadas para a implementação de

políticas ambientais. O conceito envolve, por exemplo, aquisição de máquinas cujo desempenho proporcione o menor consumo de energia possível<sup>6</sup>, emprego de materiais não poluentes ou renováveis, entre outros fatores.

A partir de Murugesan, consideram Lunardi, Simões e Frio (2014, p. 8) que a TI Verde compreende o estudo e a prática de “projetar, produzir, utilizar e descartar computadores, servidores e subsistemas associados tais como monitores, impressoras, periféricos de armazenamento e sistemas de rede e comunicação eficiente e eficazmente com o mínimo ou sem impacto ao meio-ambiente”. Diz respeito também a ponderar sobre a viabilidade econômica e aperfeiçoamento no uso e no desempenho dos recursos tecnológicos, o que inclui as dimensões de sustentabilidade ambiental, de eficiência energética e custos de propriedade que integram descarte e reciclagem.

Nesse contexto, Criptomoedas Verdes dizem respeito a plataformas de ativos digitais cujos recursos empregados e métodos de mineração acompanham os pressupostos da TI Verde. No cenário das iniciativas voltadas a esse propósito, cumpre destacar o *Crypto Climate Accord*. Inspirado no Acordo de Paris sobre o Clima (ONU, 2015) e proposto em 2021 por entidades privadas<sup>7</sup>, o acordo tem por objetivo geral “descarbonizar a indústria global de criptomoedas, priorizando a gestão climática e apoiando toda a transição da indústria de criptomoedas para emissões líquidas zero de gases de efeito estufa até 2040” (Crypto Climate Accord, 2021).

Propostas de Criptomoedas Verdes, além de implicarem mudanças de estruturas físicas, envolvem diferenciais sobre os métodos e estratégias criptográficas adotadas. A título de exemplo, destaca-se aqui o caso da Criptomoeda Algorand.

Criada por Silvio Micali e Jing Chen, essa Criptomoeda é operada em uma rede Blockchain homônima que, por sua vez, é mantida pelas organizações Algorand Inc. e Algorand Foundation.

---

<sup>6</sup> “A Intel anunciou um chip feito especialmente para aplicações blockchain, como mineração de Bitcoin ou criação de NFTs. Ele será o primeiro de uma nova linha de processadores, todos voltados para oferecer o máximo de eficiência energética.” (ELLIS, 2022, n. p.)

<sup>7</sup> Essa data corresponde a criação do domínio <http://cryptoclimate.org>, cuja informação pode ser obtida no portal <https://lookup.icann.org/en>

A referida tecnologia é objeto de um depósito de pedido de patente norte americano de número *US2019/0147438A1*<sup>8</sup> sob o título “*Distributed transaction propagation and verification system*”, protocolado em 4 de maio de 2017 (e ainda não concedido). Na mesma data solicitado protocolo internacional (PCT), a fim de garantir potencial direito de exclusividade sobre a tecnologia para depósitos em outros países, considerando a data do depósito em terras norte americanas.

Consta originariamente como titular da tecnologia<sup>9</sup> Silvio Micali e na qualidade de autores o mesmo e Jing Chen. Além dos Estados Unidos, pedidos de patente da mesma tecnologia foram também protocolados nos seguintes países<sup>10</sup>: Singapura (SG); República da Coreia (KR); China (CN); Canadá (CA); Marrocos (MA); Japão (JP); Rússia (RU); Austrália (AU); e Israel (IL). Consta como patente concedida (até jan. 2023) apenas o depósito realizado no Japão, cuja vigência da exclusividade se estende até 4 de maio de 2037<sup>11</sup>.

Poucos dias após o depósito do pedido de patente norte americano, foi publicado o respectivo *whitepaper* com o título “Algorand” (Micali; Chen, 2017b). Salvo análise mais apurada, não consta no teor desse documento aspectos de ordem ambiental<sup>12</sup>. O mesmo é possível afirmar em relação ao pedido de patente destacado (Micali; Chen, 2017a). De modo diverso, no site da Algorand Inc. e da Algorand Foundation, é evidente o apelo à preservação ambiental, conforme observa-se nas imagens abaixo:

**Imagem 3:** Webpage da Algorand Inc.

<sup>8</sup> Cumpre observar que há dezenas de referências complementares anteriores, associadas a essa reivindicação patentária, sejam de outras reivindicações, sejam de publicações científicas e acadêmicas.

<sup>9</sup> Diz-se “titular” a pessoa física ou jurídica para quem é reconhecida a exclusividade patentária.

<sup>10</sup> Tendo em vista que essas informações foram obtidas por meio do *Google Patents*, é possível eventualmente que existam outros depósitos, não identificados pela plataforma.

<sup>11</sup> Em inúmeros países, a vigência das patentes de invenção correspondem a 20 anos, contados da data do depósito no respectivo país, ou da prioridade correspondente a data do depósito no país de origem, hipótese essa aplicada ao caso.

<sup>12</sup> Não constam expressões como “*energy efficient*”, “*sustainable*”, “*sustainability*”, “*environment sustainable*” e “*green*”.



Fonte: Algorand Inc. (2023)

**Imagem 4:** Webpage da Algorand Foundation



Fonte: Algorand Foundation (2022)

É possível que a referida ausência dos aspectos ambientais nos textos técnicos decorra de uma “evidente presunção<sup>13</sup>” a respeito da eficiência energética no caso, considerando que a plataforma Algorand adota como base<sup>14</sup> uma derivação de um protocolo de consenso referido como “Prova de Participação” (*Proof-of-Stake* – PoS), distinto do protocolo originariamente adotado na mineração de Bitcoins conhecido como “Prova de Trabalho” (*Proof of Work* – PoW).

Em linhas gerais, na Prova de Trabalho, a produção de criptomoedas exige equipamentos robustos para atender aos sofisticados desafios matemáticos que envolvem o processo. Na prova de participação não há essa exigência, o que pressupõe a redução significativa do consumo de energia para a produção de criptomoedas.

Em 2022, a plataforma Ethereum passou a adotar o protocolo PoS tendo em vista o interesse em ampliar a possibilidade de implementação de

<sup>13</sup> Destacou-se a expressão na medida que tal presunção só é possível para técnicos da área.

<sup>14</sup> O protocolo da Algorand foi denominado por Micali como “Pura Prova de Participação – PPoP”

novas soluções em escala, assim como reduzir o consumo de energia, entre outras motivações (Ethereum, 2022).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fenômeno das Criptomoedas é recente, embora sua base técnico-teórica remonte a segunda metade do século XX. Considerando a data de publicação de parcela das fontes citadas no presente estudo, a preocupação ambiental sobre o universo dos criptoativos surge com especial relevo nos últimos anos, o que é compreensível considerando que a primeira criptomoeda nasce apenas em 2008, com significativo crescimento de mercado em curto tempo.

No cenário internacional, o quadro regulatório do tema encontra-se ainda em desenvolvimento, até mesmo nos Estados Unidos (berço da informática), cuja preocupação ambiental a respeito da atuação de empresas do setor foi objeto de estudo governamental recente (United States Of America, 2022b).

Observa-se que a preocupação com a sustentabilidade ambiental frente ao desenvolvimento do mercado de criptomoedas é acompanhada de outras inquietações do setor relacionadas a garantias de direitos consumeristas, estabilidade do sistema financeiro, repressão a condutas criminosas, entre outras.

No Brasil, o primeiro marco legal para o mercado de criptoativos foi a pouco promulgado (Brasil, Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022), mas seu teor não integra questões ambientais. Na tramitação legislativa do projeto de Lei nº. 4.401/2021 correspondente a referida norma promulgada, foi aprovado pelo Senado Federal em 26 de abril 2022 (Senado Federal, 2022) o texto com acréscimo de um 15º artigo, no qual o Senado fez constar a isenção fiscal para máquinas e ferramentas destinadas a empreendimentos do setor que utilizarem 100% de energia elétrica de fontes renováveis e que neutralizem 100% das emissões de gases oriundas dessas atividades (Agência

Senado, 2022) <sup>15</sup>. Contudo, a inclusão da matéria não foi acolhida no seu retorno à Câmara dos Deputados (Netto, 2022).

Ainda que haja elementos para considerar que a produção de criptomoedas gera impactos ambientais de relevo, dado o uso massivo de energia elétrica, a publicação do relatório governamental norte americano (OSTP, 2022) em setembro de 2022, recomendando, entre outros aspectos, a realização de pesquisas na área, sugere a carência de estudos atuais consistentes que, baseados em evidências, possam orientar a criação de políticas públicas adequadas a realidade do setor.

De todo modo, iniciativas como *Crypto Climate Accord*, também o desenvolvimento de tecnologias que reduzem o consumo de energia na produção de criptoativos, como é o caso do modelo adotado pela Algorand, assim como políticas públicas à exemplo do município de Maricá no Rio de Janeiro, sugerem um horizonte otimista à sustentabilidade ambiental, em relação ao segmento de criptoativos.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Senado aprova mercado de criptomoedas com incentivo para energia renovável. **Agência Senado**, 26 abr. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/26/senado-aprova-mercado-de-criptomoedas-com-incentivo-para-energia-renovavel>. Acesso em: 7 jan. 2023.

ALGORAND FOUNDATION. 2022. Disponível em: <https://www.algorand.foundation/>. Acesso em: 5 jan. 2023.

ALGORAND Inc. 2023. Disponível em: <https://www.algorand.com/>. Acesso em: 5 jan. 2023.

BITCOIN MINING COUNCIL. Global Bitcoin Mining Data Review Q3 2022. 18 out. 2022. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=bYoHCs\\_jDcM](https://www.youtube.com/watch?v=bYoHCs_jDcM). Acesso em: 5 jan. 2023.

BITCOIN PROJECT. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system. A Peer-to-Peer Electronic Cash System [NAKAMOTO, Satoshi], 2009. Disponível em: <https://bitcoin.org/en/bitcoin-paper>. Acesso em: 6 dez. 2022.

---

<sup>15</sup> Após a quebra da corretora FTX ocorrida em novembro, o projeto passou a tramitar em regime de urgência e assuntos que suscitaram divergências ou demandariam maior tempo para debate foram retirados do texto.

BOSS, Stefan. Eletrificação gerou a segunda revolução industrial da Suíça. **Swissinfo.ch**, 18 Jul. 2018. Disponível em: [https://www.swissinfo.ch/por/ciencia/história\\_eletrificação-gerou-a-segunda-revolução-industrial-da-suíça/44255112](https://www.swissinfo.ch/por/ciencia/história_eletrificação-gerou-a-segunda-revolução-industrial-da-suíça/44255112). Acesso em: 3 jan. 2023.

CARDOSO, Cássio. Energia e sustentabilidade em data centers. Artigo (Especialização Datacenter: projeto, operação e serviços) Unisul Virtual, 14 f., 2017. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/4014>. Acesso em: 26 set. 2022.

CARTER, Nic. How Much Energy Does Bitcoin Actually Consume? **Harvard Business Review**, 5 maio 2021. Disponível em: <https://hbr.org/2021/05/how-much-energy-does-bitcoin-actually-consume>. Acesso em: 5 out. 2022.

COINMARKETCAP. 2022. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/pt-br/>. Acesso em: 4 jan. 2023.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Digital finance**: agreement reached on European crypto-assets regulation (MiCA). 30 jun. 2022a. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/>. Acesso em: 3 jan. 2023.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA)**. Bruxelas, 5 out. 2022b. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/>. Acesso em: 6 jan. 2023.

CRIDDLE, Cristina. Bitcoin consumes 'more electricity than Argentina'. Inglaterra, **BBC NEWS**, 10 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-56012952>. Acesso em: 29 nov. 2022.

CRIPTO CLIMATE ACCORD, 2021. Disponível em: <https://cryptoclimate.org/>. Acesso em: 5 jan. 2023.

ELLIS, Nick. Intel lança chip com eficiência energética para minerar Bitcoin e criar NFTs. **Olhar Digital**, 14 fev. 2022. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/02/14/reviews/intel-lanca-chip-com-eficiencia-energetica-para-minerar-bitcoin-e-criar-nfts/>. Acesso em: 3 jan. 2023.

ETHEREUM. Prova de Participação (PoS), 5 dez. 2022. Disponível em: <https://ethereum.org/pt-br/developers/docs/consensus-mechanisms/pos/>. Acesso em: 3 jan. 2023.

EXAME INVEST, Como minerar bitcoin? Entenda o processo de mineração de criptomoedas. São Paulo: **Exame Invest**, 21 jul. 2022. Disponível em: <https://exame.com/invest/guia/bitcoin-mining-saiba-como-funciona-a-mineracao-de-bitcoin/>. Acesso em: 6 dez. 2022.

FIGUEIREDO, Ênio. Centro de processamento de dados e Consumo de Energia. **Redes Tecnologia**, 8 dez. 2016. Disponível em: <https://redestecnologia.com.br/centro-de-processamento-de-dados-e-consumo-de-energia/>. Acesso em: 6 out. 2022.

GENG, Hwaiyu. **Data center handbook**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2015.

HEINISCH, Carsten. 1752: Benjamin Franklin inventa o para-raios. **D. W.**, [n. d.] Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1752-benjamin-franklin-inventa-o-para-raios/a-314478>. Acesso em: 2 jan. 2023.

IBERDROLA. História da eletricidade: 150 anos de caminhada rumo à sustentabilidade. **Iberdrola**, 2022. Disponível em: <https://www.iberdrola.com/sustentabilidade/historia-eletricidade>. Acesso em: 12 nov. 2022.

IEA. International Energy Agency. **Data Centres and Data Transmission Networks**. IEA: Paris, 2022a. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/data-centres-and-data-transmission-networks>. Acesso em: 6 out. 2022.

IEA. International Energy Agency. **Energy Statistics Data Browser**. IEA: Paris, 2022b. Disponível em: <https://www.iea.org/data-and-statistics/data-tools/energy-statistics-data-browser?country=WORLD&fuel=Energy%20supply&indicator=ElecGenByFuel>. Acesso em: 6 out. 2022.

IER. Institute for Energy Research. History of Electricity, [n. d.]. Disponível em: <https://www.instituteforenergyresearch.org/history-electricity/>. Acesso em: 5 set. 2022.

INFOMONEY. Como é uma fazenda de mineração de Bitcoin? **Infomoney CoinDesk**, 22 abr. 2022a. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/como-e-uma-fazenda-de-mineracao-de-bitcoin-veja-fotos-impressionantes-de-instalacoes-na-russia-e-outros-5-paises/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

INFOMONEY. O que é mineração de criptomoedas? Entenda como funciona. **Infomoney CoinDesk**, 2022b. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/mineracao-de-criptomoedas/>. Acesso em: 2 dez. 2022.

JONES, Benjamin A.; GOODKIND, Andrew L.; BERRENS, Robert P. Economic estimation of Bitcoin mining's climate damages demonstrates closer resemblance to digital crude than digital gold. **Nature**, 29 set. 2022 Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41598-022-18686-8>. Acesso em: 4 jan. 2023.

LOURENÇO, Sérgio Ricardo; SILVA, Thadeu Alfredo Farias; SILVA FILHO, Silvério Catureba da. Um estudo sobre os efeitos da eletricidade no corpo humano sob a égide da saúde e segurança do trabalho, **Exacta**, v. 5, n 1, p. 135-143, jan.-jun, 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/810/81050114.pdf> Acesso em: 2 jan. 2023.

LUCIVERO, Frederica. Big Data, Big Waste? A Reflection on the Environmental Sustainability of Big Data Initiatives. **Science and Engineering Ethics**, v. 26, p. 1009–1030, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11948-019-00171-7>. Acesso em: 8 jan. 2023.

LUNARDI, Guilherme Lerch; SIMÕES, Renata; FRIO, Ricardo Saraiva. TI verde: uma análise dos principais benefícios e práticas utilizadas pelas organizações. **REAd. Revista Eletrônica de Administração**, v. 77, n. 1, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-23112014000100001>. Acesso em: 7 ago. 2022.

MARICÁ. Maricá cria regime especial de tributação para “moedas verdes” e iniciativas ambientais. 31 dez. 2021. Disponível em: <https://www.marica.rj.gov.br/noticia/marica-cria-regime-especial-de-tributacao-para-moedas-verdes-e-iniciativas-ambientais/>. Acesso em: 3 jan. 2023.

MARTINS, Lucas Gabriel. Criptomoedas verdes: como o mercado cripto está passando de vilão a mocinho do meio ambiente. **Infomoney**, 30 ago. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/criptomoedas-verdes-como-o-mercado-cripto-esta-passando-de-vilao-a-mocinho-do-meio-ambiente/>. Acesso em: 20 set. 2022.

MICALI, Silvio; CHEN, Jing. **Algorand**. 26 maio 2017b. Disponível em: [https://algorandcom.cdn.prismic.io/algorandcom%2Fece77f38-75b3-44de-bc7f-805f0e53a8d9\\_theoretical.pdf](https://algorandcom.cdn.prismic.io/algorandcom%2Fece77f38-75b3-44de-bc7f-805f0e53a8d9_theoretical.pdf). Acesso em: 5 jan. 2023.

MICALI, Silvio; CHEN, Jing. **Distributed transaction propagation and verification system**. Titular: Silvio Micali. US 2019/0147438 A1. Depósito: 4 maio 2017a. Concessão: pendente. Disponível em: <https://patents.google.com/patent/US20190147438A1/en?q=US201662331654P> Acesso em: 5 jan. 2023.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NETTO, Expedito. Parecer proferido em plenário ao substitutivo (ou emendas) do Senado Federal ao PL nº 4.401, de 2021. **Câmara dos Deputados**, 5 jul. 2022. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2194920](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2194920) Acesso em: 7 jan. 2023.

ONU. Acordo de Paris sobre o Clima. Paris, 30 de novembro a 11 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/node/88191>. Acesso em: 5 jan. 2023.

OSTP. **Climate and energy implications of crypto-assets in the United States**. White House Office of Science and Technology Policy. Washington, D.C. 8 set. 2022. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/09/09-2022-Crypto-Assets-and-Climate-Report.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2023.

PARISCITYVISION. Torre Eiffel: mais de um século de iluminações. **Paris City Vision**, 2019. Disponível em: <https://www.pariscityvision.com/pt/paris/lugares-marcantes-de-paris/torre-eiffel/iluminacoes-torre-eiffel>. Acesso em: 2 jan. 2023.

REICHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yago; MADORRÁN, Carmen. **Que hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la amenaza de una crisis mayor que la económica**: la ecológica. Madrid: Akal, 2012.

REINSEL, David; GANTZ, John; RYDNING, John. The digitization of the world from edge to core. IDC, nov. 2018. Disponível em: <https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2023.

RIFKIN, Jeremy. **El green new deal global**: por qué la civilización de los combustibles fósiles colapsará em torno a 2028 y el audaz plan económico para salvar la vida en la tierra. Barcelona: Paidós, 2019.

RODRIGUEZ, John. Como podemos garantir que os data centers sejam eficientes o bastante em termos de energia? **Intelligent CIO**, 1 fev. 2022. Disponível em: <https://www.intelligentcio.com/latam-pt/2022/02/01/como-podemos-garantir-que-os-data-centers-sejam-eficientes-o-bastante-em-termos-de-energia/>. Acesso em: 8 jan. 2023.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SÁNCHEZ, Fernando López. As primeiras moedas da história. **National Geographic Portugal**, 29 mar. 2020. Disponível em: <https://nationalgeographic.pt/historia/grandes-reportagens/2099-as-primeiras-moedas-da-historia>. Acesso em: 4 jan. 2023.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SENADO FEDERAL. Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei nº. 4.401, de 2021, que "Dispõe sobre a prestadora de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 9.613, de 3 de março de 1998, para incluir a prestadora de serviços de ativos virtuais no rol de instituições sujeitas às suas disposições". Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9138994&ts=1653562815608&disposition=inline>. Acesso em: 7 jan. 2023.

SILVA, Mariana Maria. Criador anônimo do bitcoin iria dar outro nome para a 1ª criptomoeda do mundo, revela pesquisa. **Exame**, 26 set. 2022. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/criador-anonimo-do-bitcoin-iria-dar-outro-nome-para-a-1a-criptomoeda-do-mundo-revela-pesquisa/>. Acesso em: 4 jan. 2023.

SIMON, Lenny. Crypto data centers: The good, the bad and the electric. **Uptime Institute**, 27 jul. 2022. Disponível em: <https://journal.uptimeinstitute.com/crypto-data-centers-the-good-the-bad-and-the-electric/>. Acesso em: 8 set. 2022.

SONI, Jimmy; GOODMAN, Rob. **A mind at play**: how Claude Shannon invented the information age. Nova York: Simon & Schuster, 2018.

THE NEW YORK TIMES. Bitcoin Uses More Electricity Than Many Countries. How is that possible? **The New York Times**, 14 set. 2021. Disponível em: <https://cacm.acm.org/news/255519-bitcoin-uses-more-electricity-than-many-countries-how-is-that-possible/fulltext>. Acesso em: 6 dez. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Executive Order 14067 of March 9, 2022**. Ensuring Responsible Development of Digital Assets. 2022a. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2022/03/14/2022-05471/ensuring-responsible-development-of-digital-assets>. Acesso em: 5 jan. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Fact Sheet: climate and energy implications of crypto-assets in the United States. **The White House**, 8 set. 2022b. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/ostp/news-updates/2022/09/08/fact-sheet-climate-and-energy-implications-of-crypto-assets-in-the-united-states>. Acesso em: 6 nov. 2022.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-19652000000200009>. Acesso em: 3 jan. 2023.

WHITEHEAD, Beth; ANDREWS, Deborah; SHAH, Amip; MAIDMENT, Graeme. Assessing the environmental impact of data centres part 1: background, energy use and metrics. **Building and Environment**, v. 82, p. 151–159, dez. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.buildenv.2014.08.021>. Acesso em: 26 set. 2022.

YERGIN, Daniel. **A Busca**: energia, segurança e a reconstrução do mundo moderno, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

Recebido em: 15/07/2024

Aceito em: 16/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-10844



## **LOOT BOXES EM JOGOS ELETRÔNICOS UTILIZADOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DESAFIOS E IMPLICAÇÕES SOB O ECA E A LGPD**

### **LOOT BOXES IN ELECTRONIC GAMES USED BY CHILDREN AND ADOLESCENTS: CHALLENGES AND IMPLICATIONS UNDER THE ECA AND LGPD**

*Elan Fernando  
Campelo dos Santos*

Mestre, Secretária de Educação do  
Governo do Maranhão  
[elanfermandosantos@gmail.com](mailto:elanfermandosantos@gmail.com)

*Anamaria Sousa Silva*

Doutora, Universidade Federal do  
Maranhão  
[silva.anamaria@ufma.br](mailto:silva.anamaria@ufma.br)

**RESUMO:** No presente artigo abordamos a questão das loot boxes (caixas de recompensa virtual) em jogos eletrônicos utilizados por crianças e adolescentes, e examina os desafios e implicações regulatórias sob a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil. As loot boxes são mecanismos de monetização comuns em muitos jogos, nos quais os jogadores gastam dinheiro real para adquirir caixas virtuais que contêm itens aleatórios. Isso pode criar um ambiente de jogo viciante e potencialmente prejudicial, especialmente para os jovens, que muitas vezes não compreendem completamente as implicações financeiras dessas compras. Neste estudo, investigamos como as loot boxes afetam crianças e adolescentes, considerando aspectos psicológicos, sociais e econômicos à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Além disso, analisamos como a LGPD, que estabelece diretrizes rigorosas para a proteção de dados pessoais, pode se aplicar a essas práticas de jogos, especialmente em relação à coleta e tratamento de dados de menores de idade. Os resultados destacam a necessidade de uma maior conscientização sobre os potenciais riscos associados às loot boxes, bem como a importância de regulamentações mais rigorosas para proteger os direitos das crianças e adolescentes em ambientes digitais. Também enfatizamos a necessidade de políticas públicas e ações por parte da indústria de jogos para garantir a transparência e a segurança dos jogadores jovens. Este artigo contribui para o aprofundamento da compreensão das questões éticas e regulatórias associadas às loot boxes em jogos eletrônicos, além de promover uma análise sobre como tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto a Lei Geral de Proteção de Dados podem ser empregados visando à salvaguarda dos direitos das crianças e adolescentes dentro desse cenário específico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Loot boxes; Crianças; Adolescentes; ECA; LGPD; Regulamentação.

**ABSTRACT:** In this article, we address the issue of loot boxes (virtual reward boxes) in electronic games used by children and adolescents, examining the regulatory challenges and implications under the General Data Protection Law (LGPD) in Brazil. Loot boxes are common monetization mechanisms in many games, in which players spend real money to acquire virtual boxes containing random items. This can create an addictive and potentially harmful gaming environment, especially for young individuals who often do not fully grasp the financial implications of these purchases. In this study, we investigate how loot boxes affect children and adolescents, considering psychological, social, and economic aspects in the light of the Child and Adolescent Statute (ECA). Furthermore, we analyze how the LGPD, which establishes stringent guidelines for the protection of personal data, may apply to these gaming practices, particularly regarding the collection and processing of data from minors. The results highlight the need for greater awareness of the potential risks associated with loot boxes, as well as the importance of stricter regulations to protect the rights of children and adolescents in digital environments. We also emphasize the need for public policies and industry actions to ensure transparency and the safety of young players. This article contributes to a deeper understanding of the ethical and regulatory issues associated with loot boxes in electronic games and promotes an analysis of how both the Child and Adolescent Statute and the General Data Protection Law can be employed to safeguard the rights of children and adolescents within this specific context.

**KEYWORDS:** Loot boxes; Children; Adolescents; ECA; LGPD; Regulation.

**Como citar:** SANTOS, Elan Fernando Campelo dos; SILVA, Anamaria Sousa. Loot Boxes Em Jogos Eletrônicos Utilizados Por Crianças E Adolescentes: Desafios E Implicações Sob O Eca E A Lgpd. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umarama, v. 27, n. 2, p. 409-426, 2024.

## INTRODUÇÃO

O advento da internet trouxe importantes e inestimáveis contribuições para o mundo. Na indústria do entretenimento, a chegada da *web* permitiu o surgimento de novas possibilidades. É nesse contexto que surgem os jogos online. Outrora restritos somente a uma pequena parcela da população, hoje, no Brasil, a pesquisa Game Brasil (PGB) <sup>1</sup>estima que o público de jogos eletrônicos é de 74,5%. A democratização do uso da internet abriu caminho para um mercado novo e muito lucrativo.

Os jogos online têm uma história relativamente curta, mas interessante. A origem deles pode ser rastreada até a década de 1970, quando o primeiro jogo multiplayer, chamado “MUD1” (*Multi-User Dungeon*), foi criado por Roy Trubshaw e Richard Bartle na Inglaterra. No entanto, foi com a já mencionada popularização da Internet nas décadas de 1990 e 2000 que os jogos online realmente decolaram. Com o surgimento da internet de alta velocidade, eles se tornaram mais acessíveis e permitiram que milhões de jogadores de todo o mundo jogassem conectados em tempo real.

Os primeiros jogos *online* populares incluem títulos como “Doom” e “Quake”, que permitiram a conectividade em tempo real. Com a evolução da tecnologia, eles tornaram-se mais sofisticados e variados, adicionando jogos de estratégia, jogos de tiro em primeira pessoa, jogos de simulação e inúmeros outros. Na atualidade, os jogos online são uma parte importante da indústria de jogos, com milhões de jogadores em todo o mundo jogando jogos como “Fortnite”, “League of Legends” e “World of Warcraft”.

Segundo relatórios da *Newzoo*, uma empresa de pesquisa de mercado especializada em jogos, o Brasil é o terceiro maior mercado de jogos na América Latina, atrás apenas do México e da Argentina. Em 2020, o mercado de jogos no Brasil gerou receitas de aproximadamente US\$ 1,5 bilhão, representando cerca de 40% do mercado total de jogos na região.

Além disso, o Brasil tem uma população jovem e cada vez mais conectada, o que impulsiona o crescimento do mercado de jogos no país. Segundo dados do IBGE, em 2020, cerca de 66% da população brasileira

---

<sup>1</sup> <https://www.meioemensagem.com.br/midia/no-brasil-publico-de-games-corresponde-a-745-da-populacao>. Acesso em: 16/05/2023.

possuía acesso à internet, e estima-se que haja mais de 70 milhões de jogadores no país.

Mas todo esse contexto revela muito mais que apenas diversão e lucro. Especialistas têm chamado a atenção para os perigos que os jogos on-line podem representar. Um dos primeiros estudos relevantes foi conduzido por Griffiths (2000), em um artigo intitulado “*Does internet and computer ‘addiction’ exist? some case study evidence*”<sup>2</sup>, explorou os possíveis vícios em jogos on-line, identificando comportamentos compulsivos e consequências negativas associadas ao uso excessivo desses jogos. Esse estudo inicial levantou preocupações sobre os impactos psicossociais dos jogos on-line na vida dos jovens.

Outro estudo importante foi realizado por Anderson e Dill (2000), que analisaram a relação entre jogos violentos e comportamentos agressivos em adolescentes. Eles sugeriram que a exposição a conteúdos violentos nos jogos poderia aumentar a agressividade e a hostilidade nos jovens.

Desde então, inúmeras outras pesquisas têm se debruçado sobre essa problemática. No âmbito jurídico, a questão tem acarretado grande repercussão. Nos últimos anos, uma prática controversa tem gerado debates acalorados e desafios éticos: as *loot boxes*. Essas caixas de recompensas virtuais, presentes em uma ampla variedade de jogos, oferecem aos jogadores a promessa de recompensas aleatórias, alimentando a emoção e a incerteza. No entanto, o uso de *loot boxes*, particularmente em jogos voltados para crianças e adolescentes, trouxe à tona uma série de preocupações relacionadas à proteção de dados pessoais, privacidade, vício em jogos e impactos psicológicos.

O cerne deste artigo reside na interseção entre as *loot boxes*, jogos eletrônicos e LGPD no contexto brasileiro. À medida que as empresas de jogos eletrônicos continuam a adotar as *loot boxes* como uma estratégia de monetização, a coleta de dados pessoais e a influência dessas práticas sobre crianças e adolescentes se tornaram uma preocupação premente. A LGPD, promulgada em setembro de 2020, é um instrumento legal fundamental que visa proteger a privacidade e os direitos dos titulares de dados no Brasil. No

---

<sup>2</sup> “Existe vício em internet e computador? Algumas evidências de estudo de caso”. Tradução nossa.

entanto, sua aplicação em relação às *loot boxes* e à coleta de dados de jogadores jovens em jogos eletrônicos levanta questões complexas de conformidade legal, ética e bem-estar dos consumidores.

Diante da crescente polêmica, o presente artigo busca contribuir para uma compreensão mais profunda das questões relacionadas às *loot boxes* em jogos eletrônicos e oferecer reflexões valiosas para reguladores, empresas de jogos e pesquisadores interessados na interseção entre proteção de dados, ética e entretenimento digital.

## **1 CRIANÇAS, ADOLESCENTES E O MUNDO DOS JOGOS**

As pesquisas sobre os perigos dos jogos online são mistas e variam de acordo com a idade e o tipo de jogo. Algumas sugerem que os jogos online podem ter benefícios, como melhorar as habilidades cognitivas e sociais, enquanto outras pesquisas destacam os possíveis riscos, incluindo problemas de saúde mental e comportamentais.

Um estudo realizado em 2019 pela Universidade de Oxford<sup>3</sup>, por exemplo, examinou a relação entre jogar jogos online e a saúde mental de adolescentes. O estudo descobriu que jogar esses tipos de jogos por menos de uma hora por dia estava associado a níveis mais altos de bem-estar mental, enquanto jogá-los por mais de três horas por dia estava associado a níveis mais baixos de bem-estar mental.

Gee (2003) argumenta que os jogos eletrônicos podem desempenhar um papel fundamental no desenvolvimento de habilidades cognitivas, como resolução de problemas, raciocínio lógico e tomada de decisões. Isso pode ser especialmente relevante no contexto educacional, como mencionado por Gee e Hayes (2009), que exploram a ideia de “aprendizado imersivo” através de jogos.

Outro fator relevante é no quesito socialização. A interação social é uma parte integral da experiência de jogos eletrônicos, e autores como Vasalou *et al.* (2017) investigaram como os jogos podem influenciar as interações sociais de crianças e adolescentes. Eles observam que, embora os

---

<sup>3</sup> <https://agenciadenoticias.uniceub.br/cultura/jogos-e-a-saude-mental-videogames-podem-ajudar-no-combate-a-depressao-e-ansiedade/>. Acesso em 25/09/2023.

jogos possam proporcionar oportunidades para a construção de amizades e a aprendizagem de habilidades sociais, também podem estar associados a comportamentos problemáticos, como o cyberbullying.

Outros autores, como Griffiths (2000), alertam para os riscos potenciais associados ao uso excessivo de jogos eletrônicos, como o vício, que pode afetar o bem-estar psicológico de crianças e adolescentes. Além disso, pesquisadores como Mariano (2020) investigaram possíveis ligações entre comportamentos agressivos futuros e a exposição a conteúdo violento em jogos. De acordo com o autor “a exposição habitual à videogames violentos e a ausência de fatores protetivos (e.g., supervisão dos pais ou responsáveis no consumo de mídia violenta) resultam em uma previsão probabilística bastante precisa de comportamento agressivo no futuro” (MARIANO, 2020, p. 83). Vale ressaltar que a Organização Mundial da Saúde (OMS) incluiu o “transtorno de jogos” como uma condição de saúde mental em sua Classificação Internacional de Doenças.

Nesse contexto, há uma grande discussão sobre determinados mecanismos presentes nesses jogos que podem gerar comportamentos nocivos a crianças e adolescentes. Dentre tais mecanismos, as *loot boxes* tem gerado grande preocupação pela popularidade e os possíveis efeitos e consequências. Porém, antes de discutirmos sobre este tópico é necessário entender o que são as *loot boxes*.

## 2 O QUE É O LOOT BOX?

As *loot boxes*, também conhecidas como caixas de recompensas, são elementos presentes em muitos jogos eletrônicos contemporâneos que oferecem aos jogadores a oportunidade de adquirir itens virtuais, como *skins*, armas, personagens ou outros itens de jogo, por meio de uma mecânica aleatória de recompensa.

O princípio de operação fundamental das *loot boxes* é simples: os jogadores dispõem de recursos financeiros reais ou de moeda virtual obtida no âmbito do próprio jogo para aquisição de uma caixa, a qual abriga uma variedade de itens caracterizados por distintos graus de raridade. A variabilidade inerente ao processo de obtenção de itens, centrada na sorte e

na aleatoriedade, assume uma natureza determinante, suscitando uma sensação de imprevisibilidade e expectativa que frequentemente se revela altamente atrativa para os jogadores. Tal mecanismo é explicado de maneira didática por Silva e Almeida (2022, p. 66), por meio da imagem que se segue.

**Figura 1:** O mecanismo de funcionamento das *Loot Boxes*



**Fonte:** (Almeida; Silva, 2022, p. 66)

As *loot boxes* são frequentemente usadas em jogos de vídeo, em particular em jogos de tiro em primeira pessoa, jogos de RPG (Role Playing Games) e jogos de esportes. Nas palavras de Victor Barbieri Rodrigues Vieira (2018):

As *loot boxes*, por sua vez, são, basicamente, uma subcategoria de microtransação. Assim como nas demais microtransações, há o intercâmbio de dinheiro real por créditos em um jogo específico. Há, contudo, o diferencial de que esses créditos não são usados diretamente para que o jogador adquira algo específico e determinado dentro do jogo. Ao invés disso, paga-se por um item “surpresa” – desconhecido -, como em uma máquina de caça níqueis.

Nos últimos anos, as *loot boxes* têm emergido como uma prática amplamente difundida na indústria de jogos eletrônicos. Tal ascensão está intrinsecamente associada à sua capacidade de gerar significativas receitas para as empresas do setor, haja vista que os jogadores frequentemente despendem quantias substanciais de recursos financeiros em busca de itens considerados valiosos ou raros. A crescente popularidade das *loot boxes* também encontra raízes na compreensão da psicologia do comportamento do jogador, uma vez que a incerteza inerente à obtenção de tais itens incita a contínua motivação para prosseguir com as aquisições (Griffiths, 2018).

Além disso, outros fatores podem ser citados para explicar o crescimento do uso das *loot boxes*. Tal mecanismo propicia um maior engajamento do jogador. A incerteza associada à obtenção de itens das *loot*

*boxes* pode manter os jogadores engajados por mais tempo. Os jogadores frequentemente retornam para abrir mais caixas na esperança de obter itens valiosos, o que aumenta o tempo gasto no jogo. Outro fator é que determinadas *loot boxes* permitem que os jogadores personalizem seus personagens ou melhorem seu desempenho no jogo. O que pode incrementar a experiência do jogador e sua sensação de progressão no jogo.

É relevante citar ainda que há uma grande estratégia de marketing usada pelas empresas para promover as *loot boxes*, como eventos especiais, descontos e itens exclusivos. O que pode gerar um senso de urgência e incentivar os jogadores a gastar mais. E tudo isso por meio de um fácil acesso, que é outro fator de extrema importância. A conveniência de comprar *loot boxes* diretamente no jogo, muitas vezes com apenas alguns cliques, facilita a aquisição desses itens (Fantini; Fantini; Garrocho, 2019).

A simplicidade do processo de compra pode aumentar a conversão de jogadores em compradores. Tal facilidade termina por ser um grande atrativo para crianças e adolescentes que muitas vezes precisam apenas cadastrar os números de um cartão de crédito válido para efetuar compras. Além de que muitos jogos que possuem download gratuito na internet monetizam suas plataformas por meio das *loot boxes*, o que permite que os jogos sejam acessíveis a um público amplo, ao mesmo tempo que geram receita.

**Figura 2:** Carta presente na *Loot box* do jogo da FIFA21



Fonte: <https://meups.com.br/noticias/electronic-arts-ver-itens-do-loot-box-fifa/>

Silva e Almeida (2022) ressaltam que as *loot boxes* são frequentemente integradas à dinâmica da jogabilidade, tornando-as praticamente inevitáveis para a progressão no jogo ou o alcance de metas específicas. Dessa forma, elas se estabelecem como um componente integral das experiências de jogo para uma significativa parcela de jogadores.

Muitos jogos populares utilizam *loot boxes* e alguns exemplos de jogos que aderem a essa prática incluem: *Overwatch*, *FIFA*, *Call of Duty*, *Apex Legends*, *Counter-Strike: Global Offensive*, *Fortnite*, *PlayerUnknown's Battlegrounds* (PUBG), *Genshin Impact*, *Hearthstone*, *League of Legends*. O que tem gerado grande discussão é quais são os impactos que esse mecanismo pode ter em crianças e adolescentes.

### **3 OS POSSÍVEIS IMPACTOS NEGATIVOS DAS LOOT BOXES**

As *loot boxes*, embora possam ser atraentes para jogadores de todas as idades, têm sido objeto de crescente preocupação em relação a seu impacto negativo, especialmente em crianças e adolescentes. Vários estudos e autores têm investigado os possíveis efeitos prejudiciais dessas caixas de recompensas nas mentes e comportamentos dos jovens.

Nessa toada, um estudo conduzido por David Zendle e Paul Cairns (2019, p. 1) revelou que as *loot boxes* podem estar associadas a comportamentos de jogo problemáticos em adolescentes. Eles descobriram que jogadores adolescentes que compravam *loot boxes* tinham uma probabilidade maior de relatar problemas de jogo, sugerindo uma possível relação entre o uso de *loot boxes* e o desenvolvimento de comportamentos viciantes. De acordo com os autores:

Esses resultados sugerem que as caixas de recompensas podem funcionar como uma porta de entrada para o problema do jogo, ou que indivíduos com problemas relacionados ao jogo são atraídos a gastar mais com as caixas de recompensas. Em ambos os casos, acreditamos que esses resultados indicam que há boas razões para regulamentar as caixas de recompensas. (tradução nossa)

Outro impacto negativo das *loot boxes* é a possível criação de uma cultura de gratificação instantânea e recompensas aleatórias. Mark D. Griffiths (2018) argumenta que essa mentalidade pode prejudicar o desenvolvimento de habilidades de tomada de decisão dos jovens, tornando-os mais suscetíveis a buscar recompensas imediatas em detrimento de objetivos de longo prazo.

Além disso, a exposição repetida a sistemas de recompensa imprevisíveis também pode ter implicações na saúde mental de crianças e adolescentes. Drummond *et al.* (2020) discute que a incerteza constante nas *loot boxes* pode aumentar o estresse e a ansiedade, especialmente quando os jogadores jovens não conseguem obter as recompensas desejadas.

Outro impacto negativo está relacionado à pressão social para comprar *loot boxes* e adquirir itens de alto valor que pode ser especialmente prejudicial para adolescentes. Drummond *et al.* (2020) explora como os jovens podem se sentir pressionados a gastar dinheiro em jogos eletrônicos para se encaixar socialmente ou competir com outros jogadores, o que pode levar a gastos excessivos e problemas financeiros.

A transição de moedas virtuais para dinheiro real também é um tema de preocupação. Autores como Brett Abarbanel (2019) observam que a conversão de moedas virtuais em dinheiro real, muitas vezes possível no mercado negro, pode incentivar comportamentos de jogo ilegal e apostas entre jogadores jovens. A exposição a *loot boxes* e suas implicações nos gastos e comportamentos de jogo em crianças e adolescentes está se tornando uma preocupação cada vez mais urgente. Medidas regulatórias e de conscientização são necessárias para abordar esses impactos negativos e proteger os jogadores jovens de possíveis consequências prejudiciais.

Em resumo, os estudos e autores citados destacam uma série de impactos negativos das *loot boxes* em crianças e adolescentes. É crucial considerar essas preocupações ao abordar a regulamentação e as práticas comerciais da indústria de jogos eletrônicos, particularmente quando se trata de jogadores jovens em idade vulnerável.

Nos Estados Unidos, a legislação sobre *loot boxes* ainda não é muito clara e varia de estado para estado. No entanto, alguns estados do país, preocupados com os efeitos negativos das *loot boxes*, têm adotado medidas para regulamentar o uso de *loot boxes* em jogos. No quadro a seguir estão dispostas medidas estabelecidas por alguns estados dos Estados Unidos.

**Quadro 1:** Legislação de estados dos Estados Unidos sobre *Loot boxes*

1. Havai: O Havai foi um dos primeiros estados a chamar a atenção para o problema das *loot boxes*. Em 2018, introduziu projetos de lei que buscavam regulamentar os jogos eletrônicos que continham *loot boxes* e microtransações, especialmente quando se destinavam a menores de idade. No entanto, esses projetos de lei não foram aprovados.

2. Washington: Em 2020, Washington aprovou uma legislação que exige a divulgação das chances de obtenção de itens nas *loot boxes* em jogos eletrônicos. Essa lei, conhecida como "Lei das Caixas de Itens" (Loot Box Bill), visa aumentar a transparência em relação às *loot boxes*, fornecendo informações aos jogadores sobre as probabilidades de obtenção de itens.

3. Indiana: Em 2020, Indiana também introduziu um projeto de lei para regulamentar as *loot boxes*. O projeto de lei visava proibir a venda de jogos eletrônicos com *loot boxes* para menores de 18 anos e exigir a rotulagem de jogos que continham microtransações.

4. Missouri: Missouri considerou uma legislação em 2021 que exigiria que os jogos eletrônicos que contivessem *loot boxes* revelassem as chances de obtenção de itens. Essa proposta visava aumentar a transparência e proteger os consumidores, especialmente os jovens.

Fonte: elaborada pelo autor

A China tem uma das leis mais rígidas do mundo em relação ao uso de *loot boxes* em jogos. Em 2017, a Administração Estatal de Imprensa e Publicação, Rádio, Cinema e Televisão da China (SAPPRFT)<sup>4</sup> emitiu um aviso exigindo que as empresas de jogos online divulguem publicamente as taxas de probabilidade das *loot boxes* e proibiu a venda de *loot boxes* por dinheiro real para jogadores menores de 18 anos (Abreu; Brito, 2021).

Posteriormente, em 2019, a SAPPRFT<sup>5</sup> introduziu novas regulamentações que exigem que os jogos revelem as taxas de probabilidade dos itens em *loot boxes* em tempo real. Além disso, os jogadores agora precisam se registrar com seus nomes reais antes de jogar jogos online que usam *loot boxes*.

O governo chinês exige uma maior transparência na divulgação das chances de obter itens específicos em *loot boxes*, a fim de proteger os jogadores e evitar práticas abusivas. As empresas de jogos online que operam na China precisam cumprir essas leis ou enfrentarão consequências legais e financeiras (Abreu; Brito, 2021).

<sup>4</sup><https://www.adrenaline.com.br/games/pc-games/nova-lei-chinesa-forca-dota-e-league-of-legends-a-revelarem-chances-de-caixas-de-loot/>. Acesso em 25/09/2023.

<sup>5</sup><https://meiobit.com/arquivo/356683/china-novas-leis-vaio-obrigar-jogos-a-revelarem-as-chances-de-se-conseguir-itens-atraves-de-sistema-de-loot/>. Acesso em 26/09/2023.

Podemos citar ainda países como a Bélgica, que considera as *loot boxes* como jogos de azar e por esse motivo determinou que esse mecanismo viola as leis de jogo do país e exigiu que as empresas de jogos eletrônicos removam de seus jogos tal opção. Os Países Baixos também proibiram algumas formas de *loot boxes*, por considerar que a maioria deles é uma forma de jogo de azar e, portanto, estão sujeitas a regulamentações mais rigorosas. Além desses países, o Reino Unido está em processo de análise e regulamentação para *loot boxes* e microtransações em jogos, particularmente em relação à proteção de crianças e adolescentes (Abreu; Brito, 2021).

No contexto brasileiro, há um Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 4.148/19) que prevê que as Caixas de Recompensa (*Loot boxes*) disponibilizadas pelas produtoras de jogos eletrônicos deverão, obrigatoriamente, exibir a exata probabilidade de obtenção dos itens que serão sorteados em seu conteúdo. Além disso, o PL 2.628/22 proíbe expressamente o uso de *loot boxes* em jogos eletrônicos por considerá-las espécie de jogos de azar, nos termos da Lei de Contravenções Penais.

Vale ressaltar ainda que o Conselho Federal de Psicologia do Brasil emitiu um parecer de alerta acerca dos impactos gerados pelas *loot boxes* entre o público jovem. Na ocasião, o Conselho ressaltou a importância de que tanto a família quanto o Estado, por meio de políticas públicas eficazes, assumam a responsabilidade de resguardar crianças e adolescentes de quaisquer formas de jogos de azar que incluam despesas financeiras, como é o caso das *Loot Boxes* (Parecer nº 36, CFP, 2021, p. 6).

No entanto, embora ainda não haja uma legislação específica voltada para o tema, algumas leis gerais são passíveis de aplicação, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente. Além dessas, o Marco Civil da Internet, o Decreto Federal nº 8.771, responsável por regulamentar a neutralidade da rede e a salvaguarda dos dados pessoais, e mais recentemente a Lei Geral de Proteção de Dados, emergem como instrumentos que podem ser empregados em situações envolvendo *loot boxes* (Souza, 2023).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/loot-boxes-uma-analise-sobre-a-regulamentacao-controversias-e-impacto-na-industria-dos-games/1876080462>. Acesso em 27/09/2023.

Para este artigo, focamos, a seguir, no que podemos extrair da Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Geral de Proteção de Dados para salvaguardar os direitos de crianças e adolescentes no tocante a essa temática.

#### **4 O ECA E A LGPD COMO POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA DE LOOT BOXES**

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece direitos e deveres para as crianças e adolescentes brasileiros, bem como obrigações para a sociedade, família e Estado em relação à proteção dos direitos desses grupos. Em relação aos jogos online, o ECA pode ser uma ferramenta para proteger as crianças e adolescentes de conteúdos inapropriados e prejudiciais, bem como evitar que eles sejam expostos a situações que possam afetar negativamente seu desenvolvimento.

Em seu artigo 4º, o ECA estabelece o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, afirmando que é dever da sociedade, da família e do Estado assegurar os direitos fundamentais desse grupo, o que inclui o direito à proteção contra riscos e abusos.

Os jogos online podem apresentar riscos para a saúde e o bem-estar das crianças e adolescentes, como o vício em jogos, o cyberbullying, o contato com desconhecidos e a exposição a conteúdos inapropriados. Portanto, o ECA tem um papel importante na proteção desses grupos, exigindo que os jogos sejam adequados para a sua faixa etária, além de promover a conscientização dos pais e responsáveis sobre os riscos dos jogos online.

No tocante às *loot boxes* cumpre ressaltar que o ECA estabelece de maneira explícita o compromisso com o desenvolvimento saudável e o acesso ao lazer e à cultura, levando em consideração as limitações inerentes à faixa etária dos menores sob sua tutela. No contexto dos jogos eletrônicos, são dignos de destaque, dentro do ECA, os artigos 3º, 5º, 6º, 70, 77, 80, 81, com ênfase nos incisos III e IV, bem como o artigo 243. Dentre essas disposições, merece ênfase a norma que estabelece que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente” (art. 70).

Assim, é relevante salientar que o controle parental não exclui a responsabilidade das empresas pelo fornecimento das *loot boxes*, e tampouco o Estado, de sua responsabilidade na proteção do público infanto-juvenil contra modalidades de jogos que apresentam elevado potencial de causar prejuízos emocionais e financeiros.

Ademais, em virtude da vulnerabilidade das crianças e adolescentes, foi elaborada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), a Resolução nº 163, de 13 de março de 2014 com o intuito de estabelecer parâmetros para que produtos e a publicidade associada a esses itens estivessem de acordo com os parâmetros estabelecidos. Assim, torna-se evidente, a partir da leitura dos artigos a seguir, a preocupação com os prejuízos que tais produtos e propagandas possam causar em crianças e adolescentes

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
  - II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
  - III - representação de criança;
  - IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
  - V - personagens ou apresentadores infantis;
  - VI - desenho animado ou de animação;
  - VII - bonecos ou similares; VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil;
  - e
  - IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.
- (...)

Art. 3º São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

- I - respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais;
- II - atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento;
- III - não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior;
- IV - não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;
- V - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;

- VI - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais.
- VII - não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;
- VIII - a qualquer forma de degradação do meio ambiente; e
- IX - primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina.

É plausível considerar, a partir da análise dos incisos I, VIII e IX da Resolução supracitada, que as *loot boxes* tem a capacidade de influenciar o público infanto-juvenil ao consumo. Em virtude da atratividade no design utilizado para a criação das *loot boxes*, tal configuração pode ser associada à perspectiva de que essas caixas se configuram como uma forma de "promoção com distribuição de prêmios ou brindes colecionáveis" ou "promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil".

Para além das questões já citadas, vale destacar o papel fundamental do controle parental na proteção de crianças e adolescentes. Os pais têm a responsabilidade legal de proteger seus filhos menores de idade e garantir que eles não sejam expostos a conteúdos prejudiciais à sua saúde física e mental. No caso das *loot boxes*, os pais devem estar cientes do risco potencial de seus filhos desenvolverem dependência do jogo e problemas financeiros decorrentes de gastos excessivos em jogos que utilizam essa mecânica.

O artigo 129 do ECA estabelece que os pais têm o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, o que também implica proteção contra atividades prejudiciais, como a participação em jogos de azar. Ademais, o artigo 249 do mesmo diploma trata da responsabilidade dos pais quando menores de idade cometem atos infracionais, que podem incluir atividades relacionadas a *loot boxes*.

Nesse contexto, surge também uma importante questão relativa à segurança quanto ao tratamento de dados de menores de idade. Para balizar a resolução desse problema, entra em campo a Lei nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), promulgada em setembro de 2020, consistindo em um marco regulatório fundamental para o tratamento de dados pessoais no Brasil.

A LGPD tem como objetivo principal proteger a privacidade dos cidadãos, regulando a coleta, o armazenamento e o uso de informações

personais por organizações públicas e privadas. Essa legislação se aplica a todos os setores, incluindo os jogos eletrônicos, e é essencial para garantir a transparência, a segurança e o consentimento informado no tratamento de dados.

Além disso, vale ressaltar que a LGPD estabelece, no artigo 6º e seus incisos, os princípios fundamentais que devem ser estritamente respeitados no que diz respeito ao tratamento de informações pessoais, independentemente da área de atuação. Estes princípios adquirem uma relevância especial quando se analisa a coleta de dados de crianças e adolescentes em jogos eletrônicos. Alguns dos principais princípios da LGPD, tais como o princípio da finalidade (conforme estipulado no artigo 6º, inciso I) e o princípio da necessidade (consoante ao artigo 6º, inciso II), estabelecem diretrizes inequívocas para a manipulação de dados em conformidade com a legislação vigente.

Seguindo o princípio da finalidade, os dados pessoais coletados em jogos eletrônicos devem ser usados para finalidades específicas e legítimas (Nogueira; Rocha, 2022). Isso significa que os desenvolvedores de jogos devem informar claramente os propósitos para os quais os dados são coletados e obter o consentimento dos jogadores, ou dos pais ou responsáveis no caso de crianças. Já o princípio da necessidade alude que a coleta de dados deve ser limitada ao mínimo necessário para alcançar a finalidade declarada (Nogueira; Rocha, 2022). No contexto de jogos eletrônicos, isso implica que apenas os dados essenciais para a jogabilidade devem ser coletados.

Além dos já citados, o artigo 6º, VI, estabelece o princípio da transparência que estabelece a necessidade de que o controlador de dados seja transparente sobre o tratamento de dados pessoais, informando de forma clara e acessível aos titulares dos dados quais informações estão sendo coletadas, para que finalidades, e como serão utilizadas. No contexto das *loot boxes*, isso significa que os termos de serviço e políticas de privacidade devem ser claros e acessíveis, especialmente para os pais ou responsáveis de crianças.

Por fim, também cabe citar o princípio do consentimento, que pode ser extraído do artigo 7º, da referida Lei. Esse artigo estabelece as condições para a obtenção do consentimento do titular dos dados para o tratamento de suas

informações pessoais. Ele descreve que o consentimento deve ser fornecido de forma clara, por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, sendo ele uma das bases legais para o tratamento de dados pessoais. Quando se trata de crianças e adolescentes, o consentimento deve ser obtido dos pais ou responsáveis, considerando a idade e a maturidade do menor para compreender as implicações da coleta de dados. No caso das *loot boxes* é de extrema importância no momento do fornecimento de dados para transações de compras.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo proporcionou uma análise do uso de *loot boxes* por crianças e adolescentes no contexto da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) e da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD), explorando as implicações éticas, legais e práticas dessa prática na sociedade contemporânea.

Ao longo deste estudo, ficou claro que as *loot boxes* em jogos eletrônicos representam um desafio considerável à luz do ECA e da LGPD. A capacidade de tais mecânicas de jogo de atrair crianças e adolescentes, bem como a coleta de dados pessoais, impõe a necessidade de uma abordagem cuidadosa e responsável por parte dos desenvolvedores, das autoridades regulatórias e dos pais. Afinal, o ECA estabelece a proteção desses públicos em desenvolvimento como prioridade máxima, enquanto a LGPD assegura a privacidade e a segurança dos dados pessoais, especialmente em um ambiente digital tão sensível.

Destacamos a importância de um diálogo contínuo entre todas as partes interessadas, incluindo desenvolvedores de jogos, órgãos reguladores, pais e responsáveis. É fundamental que as empresas de jogos eletrônicos promovam a transparência, obtenham consentimento informado e adotem medidas eficazes para proteger os dados pessoais dos jogadores mais jovens. Além disso, os pais e responsáveis devem estar cientes dos riscos associados às *loot boxes* e auxiliar na orientação das escolhas de seus filhos.

A pesquisa também enfatizou a necessidade de continuar a investigar e debater as questões éticas e legais relacionadas às *loot boxes* em jogos

eletrônicos. À medida que a tecnologia e as práticas de mercado evoluem, a regulamentação e as diretrizes devem ser revisadas e aprimoradas para proteger efetivamente os direitos das crianças e adolescentes.

Em última análise, o equilíbrio entre o entretenimento proporcionado pelos jogos eletrônicos e a proteção das crianças e adolescentes é um desafio contínuo. O cumprimento das leis vigentes, como o ECA e a LGPD, juntamente com a conscientização e o engajamento de todos os interessados, é fundamental para garantir um ambiente de jogo seguro e ético, onde as futuras gerações possam desfrutar de seus passatempos favoritos com responsabilidade e sem comprometer sua privacidade e bem-estar.

## REFERÊNCIAS

- ABARBANEL, Brett; JOHNSON, Mark R. Esports consumer perspectives on match-fixing: implications for gambling awareness and game integrity. **International Gambling Studies**, v. 19, n. 2, p. 296-311, 2019.
- ANDERSON, Craig A.; DILL, Karen E. Video games and aggressive thoughts, feelings, and behavior in the laboratory and in life. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 78, n. 4, p. 772, 2000.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.
- BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, 15 ago. 2018.
- DE BRITO, Alexis Couto; DE ABREU, Marcello. Loot boxes e os jogos de azar: uma análise sob a ótica da psicologia, direito e ações estatais. **Duc In Altum-Cadernos de Direito**, v. 13, n. 30, 2021.
- DRUMMOND, Aaron et al. The relationship between problem gambling, excessive gaming, psychological distress and spending on loot boxes in Aotearoa New Zealand, Australia, and the United States—A cross-national survey. **PLoS ONE**, v. 15, n. 3, p. 230-378, 2020.
- FANTINI, L. M.; FANTINI, E.; GARROCHO, L. F. A regulamentação das loot boxes no Brasil: considerações éticas e legais acerca das microtransações e dos jogos de azar. **Anais do XVIII SBGAMES**, ser. SBGAMES, v. 19, 2019.

GEE, J. P. What video games have to teach us about learning and literacy. **New York: Palgrave/Macmillan**, 2003.

GEE, James Paul; HAYES, Elisabeth. "No quitting without saving after bad events": gaming paradigms and learning in The Sims. **International Journal of Learning and Media**, v. 1, n. 3, 2009.

GRIFFITHS, M. D. Hot topics in gambling: gambling blocking apps, loot boxes, and 'crypto-trading addiction'. **Online Gambling Lawyer**, v. 17, n. 7, p. 9-11, 2018.

MARIANO, T. **Os efeitos de curto e longo prazo dos videogames violentos na agressão**. 2020. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, 2020.

ROCHA, Lucas Dalle; NOGUEIRA, Matheus Breder Branquinho. **Aplicação dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados por desenvolvedores de software**. 2022. 81 p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

SILVA, Isabella Lúcia Nogueira; ALMEIDA, Luan Richard Gonçalves. Loot boxes são jogos de azar? A análise do mecanismo de monetização presente em videogames frente às legislações brasileira e europeias. **e3-Revista de Economia, Empresas e Empreendedores na CPLP**, v. 8, n. 1, p. 63-74, 2022.

VASALOU, A. et al. Digital games-based learning for children with dyslexia: a social constructivist perspective on engagement and learning during group game-play. **Computers & Education**, v. 114, p. 175-192, 2017.

VIEIRA, Victor Barbieri Rodrigues. Loot boxes como jogos de azar: conflitos no Brasil e no mundo. **Instituto de Referência em Internet e Sociedade**. Belo Horizonte, 26 mar. 2018. Disponível em: <https://irisbh.com.br>. Acesso em: 29 ago. 2023.

ZENDLE, D.; CAIRNS, P. Loot boxes are again linked to problem gambling: results of a replication study. **PLoS ONE**, v. 14, n. 3, e0213194, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0213194>. Acesso em: 25 set. 2023.

Recebido em: 08/05/2024

Aceito em: 29/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11231



## DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET: A EXPOSIÇÃO DE CRIADORES DE CONTEÚDO NA PLATAFORMA DIGITAL DO TIKTOK

### THE RIGHT TO BE FORGOTTEN ON THE INTERNET: THE EXHIBITION OF CONTENT CREATORS ON THE TIKTOK DIGITAL PLATFORM

*Yanka dos Santos Pinto*

Universidade Federal do Rio Grande -  
FURG/RS

[yanka\\_m@hotmail.com](mailto:yanka_m@hotmail.com)

<https://orcid.org/0009-0001-8537-8808>

*Rafael Fonseca  
Ferreira*

Universidade Federal do Rio Grande -  
FURG/RS

[rafaelferreira@furg.br](mailto:rafaelferreira@furg.br)

<https://orcid.org/0000-0001-8400-8111>

**RESUMO:** O avanço das redes sociais provocou mudanças na produção audiovisual, considerando sua capacidade de compartilhar e interagir com diversas pessoas espalhadas no espaço virtual. Este artigo analisou o desenvolvimento das mídias digitais nas atividades de entretenimento, bem como o impacto das ações executadas pelos criadores de conteúdo e seu direito ao esquecimento nestes ambientes on-line. Utilizou-se o método indutivo, por meio de revisão de literatura, sendo aplicada a técnica de pesquisa de documentação indireta. Discutiram-se as inovações apresentadas pelos novos meios de comunicação e informação no contexto sociodigital e a exposição constante das pessoas nas redes como forma de rendimento. Também foram analisados os riscos da mercantilização dos indivíduos enquanto criadores de conteúdo, além do direito ao esquecimento das ações passadas exercidas por estes produtores audiovisuais. Concluiu-se pela necessidade de uma regulamentação específica sobre o direito ao esquecimento para garantia da dignidade humana e dos direitos da personalidade destes sujeitos, propondo também uma atuação mais efetiva dos provedores das plataformas digitais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Internet; Criador de conteúdo; Plataformas digitais; Tiktok; Direito ao esquecimento.

**ABSTRACT:** The advancement of social networks has led to changes in audiovisual production, considering its ability to share and interact with many people spread across the virtual space. This article analyzed the development of digital media in entertainment activities, as well as the impact of actions carried out by content creators and their right to be forgotten in these online environments. The inductive method was used, through a literature review, and the indirect documentation research technique was applied. The innovations presented by new means of communication and information in the socio-digital context and the constant exposure of people on networks as a form of income were discussed. The risks of commodification of individuals as content creators were also analyzed, in addition to the right to forget past actions carried out by these audiovisual producers. It was concluded that there is a need for specific regulation on the right to be forgotten to guarantee human dignity and the personality rights of these subjects, also proposing more effective action by digital platform providers.

**KEYWORDS:** Internet; Content creator; Digital platforms; TikTok; Right to be forgotten.

**Como citar:** PINTO, Yanka dos Santos; FERREIRA, Rafael Fonseca. Direito ao Esquecimento na Internet: A Exposição de Criadores de Conteúdo na Plataforma Digital do Tiktok. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 427-445, 2024.

## **INTRODUÇÃO**

A expansão das plataformas digitais na sociedade possibilitou novas formas de exploração econômica, como as transmissões ao vivo de entretenimento, focadas em manter o maior número de espectadores em troca de retorno financeiro. A introdução das mídias digitais mudou a maneira de produzir conteúdo recreativo, passando a ser exercidos de modo descentralizado por influenciadores digitais e/ou usuários das redes sociais, constantemente se expondo nesses espaços, provocando riscos aos direitos da personalidade, tendo em vista a presença da autonomia dos participantes e o estímulo à exibição do eu virtual.

Esta pesquisa pretende investigar a implantação das plataformas digitais no âmbito das relações sociais, bem como identificar as implicações das atividades desenvolvidas pelo criador de conteúdo e o direito ao esquecimento na era digital. Utilizou-se o método de revisão de literatura, por meio da técnica de pesquisa de documentação indireta, recorrendo a autores como Byung-Chu Han, Zygmunt Bauman e Manuel Castells; além do abordagem indutiva, partindo de uma perspectiva particular, neste caso, a produção audiovisual no Tiktok, para formulação de aspectos gerais em relação ao direito ao esquecimento na internet.

Em um primeiro momento, pelo procedimento estruturalista, é abordado o surgimento das plataformas digitais e a figura do criador de conteúdo no aplicativo Tiktok. Na sequência, também pela mesma técnica, são discutidos os efeitos da exposição diária nas redes sociais, como também reflexões sobre o direito esquecimento na era digital. Ao final, são feitas contribuições para o funcionamento das mídias digitais, com a finalidade de garantir a proteção dos direitos dos usuários.

## **1 PLATAFORMAS DIGITAIS: ESPAÇO DE PRODUÇÃO DE ENTRETENIMENTO**

Não é novidade que ao longo da última década, as redes sociais causaram mudanças significativas na forma como as pessoas comunicam-se e interagem com o mundo, onde a revolução digital ultrapassou barreiras físicas

ao criar um espaço virtual (Aruzhan, 2023). Estas transformações geradas principalmente na maturação dos computadores pessoais e da internet, permitiram o surgimento das plataformas digitais de interatividade (Alves, 2021), considerando sua constante disponibilidade de comunicação para as massas (O'neil, 2020).

As plataformas digitais possibilitaram o acesso à informação e manifestação para todos os indivíduos, assumindo o propósito de documentar, organizar, arquivar e priorizar experiências pessoais (Aruzhan, 2023). No universo tecnológico, cada sujeito tem condições de encontrar um lugar virtual para satisfazer seus próprios interesses (Guimarães, 2023). As pessoas podem localizar os conteúdos desejados por meio dos filtros ou recomendações da própria rede, “as plataformas funcionam como grandes catálogos, onde o usuário pode escolher diferentes canais para assistir” (Dallegrave, 2020, p. 44).

Diversos aspectos sociais e profissionais da vida estão inseridos em redes sociais como Twitter, Instagram, TikTok e LinkedIn, tornando-se parte integral do cotidiano das pessoas ao moldar suas interações e experiências, e ao permitir o compartilhamento de pensamentos e criatividade para o mundo (Aruzhan, 2023). A partir da internet e das plataformas wi-fi onipresentes na sociedade, a massa modela-se mediante a autocomunicação (Castells, 2018). As mídias digitais transformaram os usuários em criadores de conteúdo, influenciadores e blogueiros, encorajando-os a se expor e dividir suas ideias com outras pessoas desconhecidas, mas interessadas no tema (Aruzhan, 2023).

Com a pandemia, os avanços nas funções dos aplicativos e as mudanças no conteúdo, houve um aumento no sucesso das redes sociais (Aruzhan, 2023). Recentemente a plataforma TikTok ganhou relevância por seus conteúdos de entretenimento e comédia, mas o aplicativo também comporta infoentretenimento, promovendo publicações curtas sobre culinária, beleza, moda, economia pessoal, além de oferecer conselhos, autopromoção e propaganda de produtos ou serviços (Aruzhan, 2023). São disponibilizados recursos para produção audiovisual com possibilidade de incluir efeitos visuais, mensagens em tela e formas de interação entre usuários (Cardoso, 2023).

No Brasil, “o TikTok tem desempenhado um papel importante influenciando comportamentos, linguagem e estilos de vida” (Cardoso, 2023, p. 32). A rede social chegou ao país em 2018, passando a ser em 2020 o aplicativo mais baixado na loja virtual da Apple e, no mesmo ano, uma das dez mídias digitais mais acessadas no mundo, com usuários ativos superiores a 800 milhões (Cardoso, 2023), ostentando bilhões em 2022 (Aruzhan, 2023). É um dos meios de comunicação digital mais popular da atualidade, na qual diversas pessoas criam conteúdo na plataforma em razão da sua elevada capacidade de alcance social (Cardoso, 2023).

A maioria dos usuários da plataforma é o público jovem, bastante atraído pelo potencial de fácil criação, compartilhamento e visualização de conteúdos criativos e engraçados (Cardoso, 2023). A novidade do momento é a transmissão ao vivo (Aruzhan, 2023), este modelo é formado por espectadores observando o transmissor produzir o conteúdo e, simultaneamente, participando de diálogos com outros usuários dentro da mesma plataforma (Pase; Dallegrave; Fontoura, 2020). O objetivo é a criação de entretenimento por meio de experiências ao vivo baseadas na interação entre as pessoas (Dallegrave, 2020).

Desde 2019, o TikTok percebeu o valor das lives, apresentando o recurso na plataforma, embora na época não tenha sido muito utilizada, hoje é bem consumida pelo público (Aruzhan, 2023). Os usuários foram estimulados pelas frequentes sugestões de canais disponíveis no aplicativo e as opções de monetização das transmissões ao vivo (Aruzhan, 2023). Nesta modalidade é possível constituir um vínculo no qual o “espectador engajador” e o criador de conteúdo podem realizar trocas simbólicas e materiais, construindo uma comunidade a partir das participações nas lives e, conseqüentemente, culminando na remuneração econômica do transmissor (Alves, 2021).

As lives do TikTok dispararam em 2023 quando diversos criadores começaram a reproduzir movimentos típicos de personagens de videogames conhecidos como "non-playablecharacter" (NPC), que costumam ter na grande maioria dos jogos apenas o papel de figurantes, repetindo frases ou gestos várias vezes enquanto interage com o jogador principal. Os transmissores adotam uma caracterização, usando de acessórios, maquiagem e vestimenta,

e vozes personalizadas, marcadas pela ideia de robotização, executando repetitivas ações e frases prontas de acordo com as participações da audiência.

Os espectadores podem se comunicar com o NPC, neste caso o produtor de conteúdo, mandando presentes e doações na espera da reação do transmissor ao seu comando. Há diferentes objetos virtuais os quais representam um gesto ou uma frase específica que o público pode escolher para controlar o personagem desempenhado pelo transmissor, por exemplo, rosas, milhos, fogo, café, pirulitos, balões, dinossauro. A monetização das lives no TikTok funciona de forma direta, onde o participante compra com dinheiro real moedas virtuais para gastar com as transmissões.

De início, os usuários do TikTok “spend real money inside the app to buy coins, which can then be exchanged for virtual presents. Live stream will allow viewers to send you these presents. Presents are subsequently transformed in to diamonds by TikTok, which can be swapped for actual cash” (Aruzhan, 2023, p. 139). A partir das lives, o transmissor pode garantir vantagens financeiras por meio da transformação do capital lúdico em econômico, revertendo os números de visualização, conseqüentemente, os presentes e doações em dinheiro (Pase; Dallegrave; Fontoura, 2020).

Ao segurar a atenção dos seus espectadores com a produção de entretenimento, relacionando-se com uma audiência, o criador alcança metas que se tornam dinheiro (Pase; Dallegrave; Fontoura, 2020). Quanto mais presentes convertidos em diamantes, maior o faturamento do transmissor, custando cada donativo entre US\$ 0,1 a 600 dólares (Aruzhan, 2023). Segundo a tiktoker Pinkydoll, as transmissões resultam cerca de US\$3,000 a US\$ \$7,000 por dia (Touma, 2023). Portanto, “a combinação entre exposição e plataforma transforma-se em um espaço que permite geração de lucro” (Pase; Dallegrave; Fontoura, 2020, p. 8).

Nota-se que o aplicativo proporciona um espaço para realização de um modelo inovador da força de trabalho ao monetizar cenários de entretenimento, onde “o capital lúdico é oferecido pelo transmissor para ser, de maneira consentida, explorado pela plataforma. A plataforma, por sua vez, gera lucro a partir dos criadores de conteúdo, que são fonte de atenção e retenção de tráfego em seu canal” (Pase; Dallegrave; Fontoura, 2020, p. 13),

criando um serviço on-line de lazer emergido da tecnocultura algorítmica (Pase; Dallegrave; Fontoura, 2020).

No Brasil, este tipo específico de conteúdo, live NPC, chegou com o famoso youtuber brasileiro Felca, que começou o movimento como uma piada sobre esta tendência, mas acabou perdendo o controle (Splash, 2023), recebendo o valor de R\$31.085,05 em sete lives, com aproximadamente duas horas de duração por dia, posteriormente doado para Instituto Ayrton Senna, Fundação Sara, Amigos do Bem, Doare e Ampara Animal, segundo relata o criador de conteúdo no seu canal (Felca, 2023b).

De acordo com uma tiktokker com aproximadamente 94 mil seguidores, em uma live de 2h40min, ela recebeu US\$ 52, o equivale a R\$ 256, ainda afirmando que a humilhação está valendo a pena (Redação, 2023). Diante da explosão e descontrole das transmissões deste tipo de conteúdo, o próprio TikTok adotou uma medida de restrição onde essas lives não seriam recomendadas nem apareceriam nos resultados de busca em razão das ações repetitivas, não autênticas ou degradantes para induzir os espectadores a enviarem Presentes (Felca, 2023a).

Nas palavras de Felca, o sujeito “vê que tem um troquinho rápido pra ganhar ele vai de uma vez, não perde tempo, não tem dignidade, não tem nada, bota peruca, batom e sai pedindo dinheiro para os outros, todo mundo se humilhando por migalha” (Felca, 2023b, s. p.). A exposição rouba a própria face dos indivíduos, a tirania da visibilidade é expressa pela absolutização do valor expositivo (Han, 2017). No entanto, o sucesso não é a realidade de todos, somente algumas pessoas conseguirão atingir tais feitos, cabendo aos demais lidar com as consequências do fracasso (Alves, 2021).

A participante do núcleo de pesquisa de comunicação e mídias digitais da Universidade de São Paulo (USP), Issaaf Karhawi, chama atenção quanto ao ecossistema do mercado de criadores de conteúdo, questionando quais seriam os limites para monetização de si mesmo, bem como observando novos acordos morais alinhados às demandas das plataformas e às promessas de dinheiro fácil em um momento de diversas crises econômicas (Pacete, 2023). “A coação expositiva leva à alienação do próprio corpo, coisificado e transformado em objeto expositivo, que deve ser otimizado” (Han, 2017, p. 18).

Não basta morar no próprio corpo, é necessário expô-lo e, assim, explorá-lo, o excesso de exposição modifica tudo em mercadoria (Han, 2017). O comportamento humano transformou-se em uma mercadoria, cuja função é servir as plataformas digitais para dominação de toda a internet (Guimarães, 2023). “Todos os valores humanos são hoje submetidos à lógica econômica e comercializados. A sociedade e a cultura se tornam elas mesmas formas de mercadoria” (Han, 2022, p.). O mundo vira um espaço de exposição, onde não é mais possível o habitar, cedendo lugar à propaganda, ao despertar o interesse do público (Han, 2017).

A sociedade deixou de se questionar, sentindo-se absolvida do dever de examinar, demonstrar, justificar a validade de suas ações (Bauman, 2001). As formas de subsistência correspondem a um mercado de massa e a um consumo atomizados, inconscientes de si mesmos (Beck, 2011). O trabalho deixa de produzir efeitos genuínos ou possíveis, onde poucos podem reivindicar privilégio, prestígio ou honra pela importância e benefício gerados por sua atividade laboral, mas muitos são medidas e avaliados por sua capacidade de entreter e alegrar, não satisfazendo a vocação ética do produtor e sim as necessidades e desejos do consumidor (Bauman, 2001).

Os usuários, consumidores na internet, buscam basicamente três necessidades: informação, entretenimento e relacionamento (Guimarães, 2023). Na sociedade do Infoentretenimento, as pessoas perdem a faculdade de julgar e ficam tontas pela curtição, consumo e divertimento, onde cada desejo, cada necessidade, é imediatamente satisfeito (Han, 2022). O público ganha poder em relação ao modo de fazer cultura por meio da participação mais profundamente no desenvolvimento dos novos conteúdos, “o consumidor em seu novo papel passa a ser ativo produtivo e sociável, podendo assim expressar sua criatividade e agir com maior liberdade” (Cardoso, 2023, p. 92).

No ecossistema digital, a autonomia de quem se presta à humilhação passa a ser lucrativa, considerando que as pessoas estão dispostas a pagar para assistir essas exposições, mesmo sendo um vexame domesticado ainda pode ser um tipo de violência, conforme destaca Ana Paula Passarelli, cofundadora e diretora de operações da Brunch, agência de influência digital, com serviços para criadores de conteúdo (Pacete, 2023). Os clientes em potencial, seus números e volume de dinheiro decidem o destino das criações

culturais, dividindo os produtos “de sucesso” e os fracassados ante as vendas, avaliações e resultados (Bauman, 2009).

Na sociedade sem privacidade, as pessoas são vista apenas como dados e a cultura é denominada pelo entretenimento, construída a partir do estímulo de baixos instintos e da comercialização dos demônios dos sujeitos (Castells, 2018). A vergonha e a distância não podem integrar o círculo veloz do capital, da informação e da comunicação, em nome da transparência, os lugares de refúgio tornam-se evidenciados e saqueados em favor da sua não eliminação, com isso, o mundo passa a ser mais desavergonhado e desnudo (Han, 2017).

## **2 EXPOSIÇÃO DO EU VIRTUAL E DIREITO AO ESQUECIMENTO NO INTERNET**

A internet equivale a uma vitrine aberta 24 horas por dia, disponível para visitação de todo o mundo (Cardoso, 2023). A intencionalidade da exposição destrói aquela interioridade cujo medo é reservado para dentro (Han, 2018), conferindo espaço para constante exposição das pessoas. No cenário da comunicação digital, a hipertexto surgiu enquanto uma representação da sociedade, um aspecto comum do comportamento humano (Cardoso, 2023). Hoje, a liberdade toma o lugar como principal elemento social (Han, 2018), onde todos os conteúdos produzidos e disponibilizados nas plataformas digitais ostentam um formato de exposição do usuário (Cardoso, 2023).

A mídia on-line desloca o público para produção de conteúdo particular, expositivo, muitas vezes até vexatório, em que “comunicação digital fornece essa exposição pornográfica da intimidade e da esfera privada. Também as redes sociais se mostram como espaços de exposição do privado” (Han, 2018, p. 8). A necessidade de interação e a atenção fornecida pelos usuários ou desejada pelo criador são usadas como um fator motivador para perpetuação da hipertexto (Cardoso, 2023). Esta divulgação publicamente de atos, imagens e preferências acaba colocando essas memórias digitais sob o controle de terceiros (Rodrigues, 2020), representando um risco ao indivíduo.

As plataformas amparam uma condição marcada por usuários ávidos em extrair e espalhar informações e conteúdos de outras pessoas, tornando-os propriedade comum de todos, estando disponível para todos aqueles que desejam compartilhar (Guimarães, 2023). Esse cenário de imortalidade informacional traz implicações tanto para a individualidade das pessoas quanto para a sociedade no contexto das interações sociais, em razão da sua capacidade perfeita de impor a rememoração do passado, mesmo de maneira não consentida, afetando as circunstâncias futuras (Rodrigues, 2020).

A área da privacidade exibida nas redes sociais revela-se em um espaço de encarceramento, no qual o dono do ambiente privado é condenado e sentenciado a padecer expiando os próprios erros (Guimarães, 2023). Portanto, “a exposição ilimitada de dados sobre o passado acaba expondo o indivíduo e a sociedade a consequências paralelas que são negativas e indesejadas” (Rodrigues, 2020, p. 87). O armazenamento de informações de fácil acesso pode desencadear graves danos aos envolvidos, na medida em que um desvio do passado pode se apresentar como um obstáculo para o livre desenvolvimento da personalidade (Guimarães, 2023).

Esta capacidade de revisitar uma memória frágil, acessível e resgatável a qualquer momento suscita cidadãos digitais cada vez mais vulneráveis (Rodrigues, 2023), impedindo-os de uma autoconstrução da sua identidade, bem como negando sua habilidade de evoluir ao acorrentá-lo a ações pretéritas (Guimarães, 2023). A hiperconectividade traz uma contradição em relação à alteração do status da memória (Rodrigues, 2020) ao (re) divulgar fatos antigos de certo indivíduo, imobilizando este ser humano (Guimarães, 2023) no espaço-tempo. O contato instantâneo e perene com o passado outorga um poder de observar, compilar, organizar e armazenar memórias infinitamente (Rodrigues, 2020).

A memória digital assume uma dimensão híbrida, na medida em que além de ser inserida em estruturas externas ao indivíduo e formada por ferramentas materiais e imateriais tais como servidores e armazenamento de dados na nuvem, pode ela ser formatada não somente pelo detentor da memória, porém, por terceiros que participam do ambiente coletivo no qual as informações são produzidas, armazenadas e compartilhadas. Um componente relevante deste quadro é a memória praticamente infinita da Internet e de outras tecnologias hoje disponíveis (Rodrigues, 2020, p. 85)

Os efeitos colaterais derivados deste novo fenômeno, fruto da Internet e das mídias sociais, cria uma espécie de memória digital (Rodrigues, 2020) caracterizada por um ambiente virtual de livre acesso, aberto a qualquer pessoa interessada, de modo que os conteúdos levados a esta plataforma podem ser vistos e ouvidos por todos os usuários da rede (Bauman, 2009). Assim como “o passado que lembramos vai mudando e evoluindo, o passado capturado na memória digital é constante e permanece congelado no tempo” (Guimarães, 2023, p. 39).

Nota-se o enfraquecimento da função do tempo de desvalorizar o peso de eventos pretéritos por meio do natural apagamento de elementos do passado, considerando que era uma garantia aos cidadãos de que o presente gradualmente se sobreporia ao passado, agora está submetido ao risco de descontrole sobre os dados pessoais publicados na internet e medo de exploração dos conteúdos divulgados (Rodrigues, 2020). O tempo permanece fixado integralmente no presente digitalizado, possuindo a habilidade intocada de assombrar os indivíduos de maneira facilmente descontextualizada, inconclusiva e eternizada (Rodrigues, 2020).

As fotos, os vídeos, os textos indesejados existem, assim como fatos cujos rastros preferíamos ver apagados. Haverá sempre, nessa realidade de memória implacável, ainda outras fotos vexatórias, outros textos equivocados, outras referências que nos mancham e que gostaríamos de ver esquecidas, relegadas ao tempo pretérito, ao fundo do arcabouço de nosso cérebro. (Rodrigues, 2020, p. 84)

Um exemplo análogo do que pode ocorrer futuramente com os criadores de conteúdo das lives NPC é o caso da apresentadora Xuxa Meneghel, quando jovem participou de um filme erótico, mas posteriormente alterou consideravelmente a sua imagem e público, razão pela qual propôs uma ação judicial solicitando a busca e apreensão de todas as cópias não autorizadas em videocassete, tendo ao término vencido a demanda (Veiga, 2000). O Judiciário entendeu que a exploração da filmagem tornava a obra acessível às crianças, para quem artista passou a focar sua atividade, desvirtuando do seu perfil artístico atual (Veiga, 2000).

Quando questionado e criticado por permitir a prática das produções audiovisuais de NPC, o TikTok afirmou, em nota, que a plataforma apoia

qualquer sinal de liberdade de expressão e diversidade de conteúdo (Pacete, 2023). Existe uma colisão entre a livre manifestação de pensamentos e a dignidade da pessoa humana (Campana, 2017), promovendo um clássico conflito jurídico, há décadas delineado e discutido, das garantias de liberdade contra os direitos de personalidade, especialmente a imagem e privacidade (Rodrigues, 2020).

Destaca-se que os direitos da personalidade correspondem à proteção da integridade moral do indivíduo, contemplando sua honra, liberdade, privacidade, intimidade, imagem e nome (Teixeira; Villa, 2023). São aspectos os quais caracterizam a pessoa, “o respeito aos outros cidadãos, a reputação e o bom nome de cada um, sendo direito fundamental do indivíduo ter essas qualidades resguardadas, contra tudo àquilo que é contrário à dignidade da pessoa humana” (Campana, 2017, p. 316/137). Logo, estão relacionados à defesa e segurança do indivíduo a partir da manutenção do seu bem-estar social.

As pretensões, as ações e os direitos derivados da personalidade são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis, irradiando também a vida, liberdade, integridade física e psíquica, honra e igualdade. Ao impedir o livre desenvolvimento da personalidade humana, a liberdade de expressão, em sua forma negativa, gera o direito ao esquecimento enquanto uma resposta do ofendido, podendo pedir a eliminação das postagens referentes ao seu passado (Guimarães, 2023). Não se trata de um novo direito, mas de um aspecto inédito decorrente da personalidade, bem como, da intensa proteção constitucional atribuída à dignidade da pessoa humana (Rodrigues, 2020).

Assim, o direito ao esquecimento é a possibilidade de defesa que permite a um particular que não autorize a veiculação ou até mesmo que retire desta um fato pretérito que o expõe causando constrangimento, sofrimento e transtornos. É a possibilidade de o indivíduo não mais querer conviver com partes do seu passado que não deseja rememorar e que são trazidas por atores sociais interessados apenas na exploração de fatos já consolidados (Campana, 2017, p. 320).

Trata-se de um direito de não ser constantemente perseguido por fatos pretéritos, os quais não representam mais a identidade atual da pessoa, sendo essencialmente uma defesa contra recordações opressivas de fatos com

potencial de minar a capacidade do ser humano de evoluir e se modificar (Schreiber, 2011). É assegurado para indivíduo o controle sobre seus dados pessoais cujo propósito original não é mais necessário, permitindo ao usuário da internet decidir aquilo que realmente o define dentro da plataforma digital, retirando conteúdos indesejados, e exercendo o livre desenvolvimento da personalidade nestes espaços virtuais (Guimarães, 2023).

O direito ao esquecimento, portanto, em um direito fundamental do indivíduo de se resguardar do que não deseja rememorar em razão da vontade de terceiros (Campanha, 2017), envolvendo fatos os quais perderam relevância pelo decurso do tempo, conseqüentemente, sua divulgação pode se tornar abusiva por causar prejuízos aos particulares (Guimarães, 2023). Restando evidente o seu desdobramento do direito da personalidade, ao dialogar com proteções normativas expressas como a privacidade, intimidade, imagem, honra, integridade e dignidade.

Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, considerando que necessariamente deixaria de fora novas manifestações e exigências da humanidade, fruto do progresso da sociedade, exigindo uma consideração positiva (Moraes, 2003). O direito ao esquecimento é medida excepcional, não podendo ser banalizado, mas seu afastamento pode implicar um grave retrocesso em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, levando em conta também a privacidade e a identidade pessoal, componentes em sua estrutura (Guimarães, 2023). Não pode existir um número fechado de hipóteses tuteladas pela dignidade humana devido ao valor da pessoa, sem limites (Moraes, 2003).

Segundo o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho de Justiça Federal em 2013, dispendo sobre o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que compila os fundamentos do Estado Democrático de Direito, além de assumir a condição de cláusula geral de proteção da personalidade e seu livre desenvolvimento (Rodrigues, 2020), o direito ao esquecimento passa a ser incluído na tutela dos direitos fundamentais, especificamente do direito à privacidade, constituindo em defesa de todo cidadão de não ser lembrado eternamente por atos ou situações constrangedoras passadas (Campana, 2017).

Rodrigo Teixeira e Aline Villa (2023) lembram que o Ministro Luiz Fux reconheceu o direito ao esquecimento como uma consequência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, Giovanna Campana (2017), apoiada em uma interpretação doutrinária, coloca-o entre os direitos personalíssimos, referindo-se a um desdobramento do direito constitucional à intimidade e à proteção da imagem previstos nos artigos 5º, X, XI e XII, da Constituição Federal e 21 do Código Civil. Embora haja essas garantias ao cidadão, com a chegada do universo digital, urge a necessidade de abordar o tema de maneira adequada e específica.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) tão somente traz no seu artigo 7º, inciso X, a possibilidade de remoção de dados pessoais, aplicá-lo ao direito ao esquecimento seria uma interpretação excessivamente extensiva e as hipóteses de incidência bastante limitadas, visto que a exclusão de informações equivale a um dos remédios disponíveis para implantação deste direito, não se confundindo com ele (Teixeira; Villa, 2023). É necessária a pavimentação de uma sólida via protetiva da personalidade humana, a partir da proteção de dados pessoais, e possível consolidação do direito ao esquecimento (Rodrigues, 2020).

O indivíduo deveria poder controlar os seus dados nas mídias digitais de forma qualitativa e satisfatória, protegendo-se enquanto pessoa em todas as situações de nítida violação de direitos, principalmente os personalíssimos. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha estabeleceu de modo precursor o direito fundamental a autodeterminação informacional, no qual o indivíduo pode determinar sobre a exibição e utilização de seus dados pessoais, a partir do preceito da inviolabilidade da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade (Wachowicz; D'Amico, 2022).

Os sujeitos têm o direito de serem deixados em paz e recair no esquecimento e no anonimato, de onde não queriam ter saído, em invés de serem lançados na cena e colocados sob os projetores da atualidade (Ost, 2005). Há uma redefinição da esfera pública como um palco para encenação de dramas privados, publicamente expostos e assistidos (Bauman, 2001), resultando em um espaço inundado, congestionado e sobrecarregado, alvo de invasão, ocupação e colonização permanentes pelas tropas da privacidade (Bauman, 2013). Com a digitalização da sociedade, não cabe mais o

argumento do lugar público, pessoa pública e interesse público (Rodrigues, 2020).

Categorias de informações devam ser destruídas quando tenha sido atingida a finalidade para a qual foram coletadas e/ou depois de transcorrido certo lapso tempo (Rodotà, 2008), “a proteção da privacidade deve ser posta como valor caro à sociedade, hiper vigilante, morbidamente curiosa no alheio, independentemente se a privacidade invadida pertença à pessoa pública ou não” (Rodrigues, 2020, p. 81). A partir das tecnologias, com uso de programas de destruição automática de dados em condições determinadas, pode-se tentar diminuir o acúmulo de enormes quantidades de informações potencialmente perigosas (Rodotà, 2008).

Todo indivíduo tem direito de impedir que dados de outrora sejam revividos no presente, de modo descontextualizado, gerando riscos consideráveis (Schreiber, 2011) à evolução da personalidade e ao futuro. Sobretudo, nos casos das pessoas implacavelmente perseguidas por qualquer rastro que tenha deixado ao longo de sua vida, produto automático da realização de qualquer tipo de atividade (Rodotà, 2008), desde atos vexatórios, difamatórios e erros praticados na vida particular, mesmo que tais eventos sejam verídicos, até a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem, enquanto direitos essenciais morais.

Esta realidade sociodigital sustenta imortalização dos dados diante da sua capacidade de nunca esquecer e de armazenar quase infinitamente, oferecida, por exemplo, por carregamentos em nuvem, e indelebilidade dos arquivos (Rodrigues, 2020). Nas palavras de João Alexandre Guimarães (2023, p. 42), “no ambiente digital, uma vez postada determinadas informações pessoais, torna-se, até então, impossível apagá-las com efetividade, especialmente por poderem ser baixadas e anexadas em suportes físicos ou digitais”. Contudo, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal Superior de Justiça não trataram diretamente do direito ao esquecimento na internet (Rodrigues, 2020), sendo levanta algumas questões pelo Superior Tribunal de Justiça.

De todo modo é necessário salientar que a jurisprudência do STJ acerca de temas digitais, tem entendido de maneira consolidada que: (i) os provedores de aplicação e conteúdo incluindo as redes sociais, não

respondem de maneira objetiva pela inserção no site, de informações ilegais; (ii) não é dever do provedor fazer um controle prévio do conteúdo das informações postadas pelos usuários; (iii) no momento que tiverem inequívoca ciência da existência do conteúdo deverá removê-lo; (iv) deve manter uma estrutura eficaz hábil a identificar seus usuários, cuja efetividade deve ser aferida no caso concreto; (v) a responsabilidade do provedor é subjetiva, sendo solidária ao autor da postagem ilícita quando toma ciência do conteúdo mas não toma as devidas providências para a sua remoção (Rodrigues, 2020, p. 144).

É um grande desafio para o Poder Público conciliar a proteção e participação das pessoas nas redes sociais e o diálogo com os responsáveis pelas plataformas digitais, em virtude dos conflitos de interesses particulares e empresariais; bem como promover constantes políticas de conscientização dos usuários da internet. Simultaneamente, observa-se a gravidade existente em relação à (in)existência de limites entre a publicidade e a privacidade, por isso, a justificativa de concretização do direito ao esquecimento, onde toma mais corpo quando inserido nesta era da hiper informação (Rodrigues, 2020).

A liberdade e a ideia de espaço público não dá o direito às pessoas de compartilhar a privacidade alheia, nem coloca as esferas pública e privada em posição ofensiva nem defensiva dos invasores de garantias (Bauman, 2013). O direito ao esquecimento consiste no fato de que ninguém deve ser obrigado a reviver eternamente o seu passado, muito menos os seus erros (Rodrigues, 2020), impondo ao Direito apresentar uma medida capaz de garantir a vontade dos indivíduos de preservar sua dignidade humana e o desenvolvimento da sua personalidade, assim como, os direitos que a circundam, prevendo o afastamento de históricos negativos, principalmente no cenário digital.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade está vivendo na era da comunicação e informação, caracterizada pelo fenômeno das plataformas digitais, onde as ações humanas são fundadas na ideia de exposição diária na internet, no compartilhamento de experiências, no desejo incansável de sempre consumir. O aplicativo TikTok acompanha este momento histórico, proporcionando um espaço online para práticas de entretenimento, inclusive como fonte de renda aos

criadores de conteúdo, de forma virtualmente infinita e com elevado número de possibilidades de passatempo.

Este novo meio de interações sociais estimula a produção audiovisual autônoma em troca de um retorno econômico, fundindo a esfera pública com a privada ao permitir a exibição constante da vida pessoal e ampla liberdade presente nas plataformas digitais. Os criadores estão sempre buscando maneiras de inovar e competir com os outros usuários da rede diante da necessidade de manter a atenção dos espectadores, transformando-os em consumidores fiéis. Na mídia digital, para adquirir dinheiro, a pessoa precisa se vender, vestir a roupa de mercadoria que a audiência deseja comprar, construindo um personagem atrativo para obter lucro.

Em um mundo guiado por tendências, os sujeitos apenas traçam planos de curto prazo, no qual são submetidos a situações até mesmo constrangedoras, sem pensar nas consequências futuras, em prol do sucesso financeiro. Cada pessoa tem seu próprio julgamento sobre as perdas e ganhos, bem como o momento adequado para se responsabilizar e negociar os resultados das suas ações, no entanto, com a chegada da internet, as chances de reconstrução da identidade e afastamento do eu virtual antigo são eliminadas pela capacidade do digital em reviver circunstâncias passadas.

A vulnerabilidade das memórias, provocada pela imortalidade do tempo nas redes sociais, reivindica uma regulamentação assegurando condições mínimas de digna humanidade nos meios virtuais e proteção especificamente do direito ao esquecimento, levando em conta que o Marco Civil da Internet não abarca esse tema de forma suficiente. A própria plataforma também deve disponibilizar medidas de contenção em relação ao compartilhamento de conteúdo de terceiros que não desejam ser lembrados do passado, como a remoção das publicações e banimento do perfil do usuário difusor, além de reduzir ou excluir das recomendações produções que violam direitos da personalidade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Victor Hugo Andrade. **A nova fase da precarização do trabalho: o streamer como uma nova ocupação na era da informação.** 2021.

Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2021.

ARUZHAN, Omarova. Evolving trends in digital media and entertainment: a comprehensive analysis of Tiktok as live streaming platform. **Reviews of Modern Science**, Zürich, Suíça, n. 4, p. 137-140, out. 2023. DOI 10.5281/zenodo.10032051. Disponível em: <https://ojs.publisher.agency/index.php/RMS/article/view/2320>. Acesso em: 08 abr. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. Danos Colaterais: **Desigualdades sociais numa era global**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro; Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro; Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CAMPANA, Giovanna Capucho. Direito ao esquecimento na Internet. In: LEMOS, Lilian Rose Rocha; COSTA, Pedro Almeida; PINTO, Gabriel R. Rozendo; NUNES, Leandro Soares (coord). **Caderno de pós-graduação em direito: Estado, sociedade e direito**. Brasília: UniCEUB, 2017.

CARDOSO, Rafaela Moraes. **A influência da tiktokização das profissões na visão de carreira dos millennials e da geração Z através das mídias sociais Instagram e Tiktok**. 2023. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Porto Alegre, 2023.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DALLEGRAVE, Letícia. **Streaming de jogos como sistema de performances: um olhar sobre a transmissão ao vivo de uma streamer de fortnite através da Twitch**. Orientador: André Fagundes Pase. 2020. 191 p. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

FELCA. conseguimos . S. l.: **Twitter**, 16 set. 2023. Disponível em: <https://twitter.com/Felcca/status/1703217187287171560/photo/1>. Acesso em: 08 abr. 2024.

FELCA. Quanto eu ganhei com as lives npc. S. 1.: **Youtube**, 22 set. 2023b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WxkJKeZKR1w>. Acesso em: 08 abr. 2024.

GUIMARÃES, João Alexandre Silva Alves. O direito ao esquecimento como preceito fundamental para o direito de personalidade e a prevenção de um dano eterno. **Revista IBERC**, v. 6, n. 3, p. 30-55, set./dez. 2023. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v5i2.265>. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/265/227>. Acesso em: 08 abr. 2024.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução de Gabriel S. Philipson. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2022.

HAN, Byung-Chul. **No exame: perspectivas do digital**. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. Edição digital.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia**. Tradução Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020.

OST, François. **O Tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PACETE. Entenda o que é NPC, a nova, lucrativa (e perigosa) febre do TikTok: Vídeos mostram influenciadores repetindo ações e imitando personagens de games em troca de dinheiro e recompensas; para especialistas, a onda expõe adolescentes e evidencia perigos da rede. **Forbes Tech**, 19 set. 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/09/o-que-e-npc-a-nova-lucrativa-e-perigosa-febre-do-tiktok/>. Acesso em: 08 abr. 2024.

PASE, André Fagundes; DALLEGRAVE, Leticia; FONTOURA, Mariana Gomes da. Capital Lúdico: um reflexo da tecnocultura algorítmica em performances na plataforma de streaming Twitch. **Revista Fronteiras – estudos midiáticos**, São Leopoldo, v. 22, n. 3, p. 2-15, set./ dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/13599>. Acesso em: 08 abr. 2024.

REDAÇÃO. O que é NPC? Entenda nova febre que tem dominado o TikTok e movimenta milhares de reais. **Estadão**, 13 set. 2023. Disponível em:

<https://www.estadao.com.br/link/o-que-e-live-de-npc-no-tiktok-significado-nprei/>. Acesso em: 08 abr. 2024.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Yuri Gonçalves dos Santos. **O direito ao esquecimento na sociedade da (hiper) informação. Orientadora Keila Pacheco Ferreira**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SPLASH. Como surgiu, dá dinheiro? O que são as lives NPC no TikTok que viralizaram. **Splash**, São Paulo, 24 set. 2023. Disponível em: <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2023/09/24/lives-npc.htm>. Acesso em: 08 abr. 2024.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; VILLA, Aline Dias. Direito ao esquecimento na internet e os direitos da personalidade. **Revista Foco**, Curitiba (PR), v. 16, n. 7, p.01-20, 2023. DOI: 10.54751/revistafoco.v16n7-061. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/2494/1639>. Acesso em: 08 abr. 2024.

TOUMA, Rafqa. ‘Ice-cream so good’: how are TikTok creators making money from bizarre gestures and phrases on a loop?. **The Guardian**, 25 jul. 2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/culture/2023/jul/26/npc-tiktok-trend-ice-cream-so-good-gang-what-is-explained-pinky-doll#:~:text=So%2C%20creators%20are%20streaming%20to,and%20paying%20for%20the%20privilege>. Acesso em: 08 abr. 2024.

VEIGA, Rosanie Martins da. **Direito Autoral — Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.

WACHOWICZ, Marcos; D’AMICO, Gustavo Fortunato. As performances criadas por Inteligência Artificial: o reflexo dos algoritmos na ressurreição digital. **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 17-37, 2022. Disponível em: <https://revista.ioda.org.br/index.php/rrddis/article/view/23/35>. Acesso em: 08 abr. 2024.

Recebido em: 26/02/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-10979



## SEGURANÇA E PREVENÇÃO NO VAZAMENTO DE DADOS NO CDC E NA LGPD

## SECURITY AND DATA LEAKAGE PREVENTION AT CDC AND LGPD

*Ricardo Morishita*

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017). Possui mestrado em Direito na Universidade de São Paulo (2003) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991). Advogado e professor universitário, foi diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (2003-2010) e Professor e coordenador de pesquisas de direito do consumidor vinculadas ao Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (2010-2014). Diretor de Projetos e Pesquisas no Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP.

[ricardo.morishita@jdp.edu.br](mailto:ricardo.morishita@jdp.edu.br)

<https://orcid.org/0000-0002-9358-4038>

<http://lattes.cnpq.br/9927829490113370>

*Nyvea Lourenço*

Doutoranda em Direito Constitucional (IDP). Possui mestrado em Administração Pública (IDP/EAB), especialização em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal (ESAF/União Europeia), é especialista Docente em Direito Tributário (UNIDF), pós-graduada em Direito Tributário Aplicado à Gestão Pública (NDA/FACNET). Graduada em Direito pela Universidade Santa Úrsula. É Auditora-Fiscal da Receita do Distrito Federal - SEFAZ/DF.

[nyvea@uol.com.br](mailto:nyvea@uol.com.br)

<https://orcid.org/0000-0001-8049-6533>

<http://lattes.cnpq.br/0830861809290299>

**RESUMO:** O trabalho analisa as mudanças e adaptações na rotina das pessoas introduzidas pelos meios digitais e outros fatores no mundo globalizado. Após a inserção dos dados pessoais para utilização desses meios virtuais, as pessoas, de certa maneira, perdem o controle sobre esses dados que ficam armazenados com terceiros. Importante ponto é: qual a segurança que o usuário/consumidor tem que esses dados não serão vazados e/ou utilizados de forma indevida? Nesse contexto, o trabalho objetiva trazer reflexões sobre medidas de segurança e prevenção no vazamento de dados no Código de Defesa do Consumidor - CDC e na Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, em especial, o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais - RIPD, que é visto como uma forma de salvaguardar ou mitigar o risco no vazamento dos dados. O referido relatório ainda não foi regulamentado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados; autoridade brasileira responsável por implementar, fiscalizar e zelar pelo cumprimento da LGPD. A questão é: o RIPD deve ser obrigatório ou não para todos os Controladores? Na metodologia, o desenvolvimento do tema será utilizada a técnica de pesquisa documental e bibliográfica. Além de bibliografia utilizar-se-á legislação, artigos especializados, seminário e entendimentos jurisprudenciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dados; Vazamento; Segurança; Prevenção.

**ABSTRACT:** The work analyzes the changes and adaptations in people's routines, introduced by digital media and other factors in the globalized world. After entering personal data to use these virtual media, people, in a way, lose control over these data that are stored with third parties. An important point is: what security does the user/consumer have that this data will not be leaked and/or misused? In this context, the work aims to bring reflections on security measures and prevention of data leakage at the Consumer Protection Code and General Data Protection Law, in particular, the DPIA - Data Protection Impact Assessment, which is seen as a way to safeguard or mitigate the risk of data leakage. The aforementioned report has not yet been regulated by National Data Protection Authority is the Brazilian authority responsible for implementing, inspecting, and ensuring compliance with the General Data Protection Law. The question is: should the DPIA be mandatory or not for all Controllers? In the methodology, the development of the theme will use the technique of documentary and bibliographic research. In addition to bibliography, legislation, specialized articles, Seminars and jurisprudential understandings will be used.

**KEYWORDS:** Data; Leak; Security; Prevention.

**Como citar:** MORISHITA, Ricardo; LOURENÇO, Nyvea. Segurança e Prevenção no Vazamento de Dados no CDC e na LGPD. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 447-466, 2024.

## INTRODUÇÃO

A partir da globalização, fenômeno esse cada vez mais universalizado, tem-se utilizado cada vez mais da velocidade e dinamicidade dos eventos desta nova fase. Tais indicadores têm desempenhado um papel significativo, nas transformações e ajustes da maneira de como as pessoas vivem, tendo como destaque, no momento presente, a transformação da rotina das pessoas em virtude do impacto dos meios digitais e outros elementos atrelados a este meio.

Neste contexto, os dados dos usuários das diversas plataformas digitais existentes, ficam armazenados nos *drives*, desde as pequenas até as grandes empresas de tecnologia as quais passam a ser detentoras dessas informações.

Com o desenvolvimento dessa era, onde o meio digital é aperfeiçoado de forma progressiva e exponencial, seja para uma simples pesquisa, utilização de redes sociais ou compras online, desde o momento da inserção de dados do usuário, não há mais controle acerca de acesso e utilização dessas informações, uma vez que o armazenamento destas é realizado por terceiros. A grande questão é: como garantir a segurança desses dados de forma que não ocorra o vazamento ou uma utilização indevida? Dessa forma, é entendido que alguns acreditam que o vazamento ocorrerá inevitavelmente, apenas não se sabe quando.

Nessa perspectiva, de forma a minorar possíveis vazamentos e ainda com o objetivo principal de salvaguardar os dados dos usuários da *web*, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, esse órgão da Administração Federal é responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados em todo o território nacional.

Destarte, o presente trabalho tem como objetivo principal trazer ponderações acerca das medidas de segurança e prevenção no vazamento de dados no Código de Defesa do Consumidor - CDC – Lei 8.078/1990 e na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD - Lei 13.709/2018, e ainda a atuação e o impacto do Relatório de Impacto à Proteção de Dados - RIPD nesse cenário.

## 1 RELATÓRIO DE IMPACTO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A globalização desempenha um papel significativo na sociedade atual, porém, certos impactos podem influenciar negativamente as políticas dos países, causando danos tanto internamente quanto externamente (Resende; Brasil, 2020).

Com a evolução do mundo globalizado, cada vez mais as pessoas utilizam os meios digitais, seja para realizar uma pesquisa simples, seja para fazer uso de plataformas de rede social ou até mesmo para efetuar compras através da internet.

Os usuários e/ou consumidores inserem seus dados, estes ficam armazenados com pequenas e grandes empresas de tecnologia detentoras dessas informações. As grandes empresas são chamadas *Big Techs* que por vezes são vistas como um poder paralelo, uma vez que informação é poder.

Dentre essas empresas, destacam-se as chamadas *big techs*, popularmente conhecidas como as grandes empresas. Essa categoria de empresa preza por um plano de negócios criado com o objetivo de possibilitar interações diretas entre um grande número de usuários em plataformas digitais, como *e-commerce*, busca e mídias sociais (Boissay et al<sup>1</sup>, 2020), tradução nossa).

Nesse contexto, as inovações de um modo geral tornaram-se resultado das *big techs* – que causaram grandes impactos nas rotinas das pessoas, melhorando por um lado, mas por outro lado a velocidade da propagação das notícias pode gerar efeitos nocivos, sobretudo se a notícia não for verdadeira, como no caso das *fake news*.

Nessa esteira, o alcance em massa, se bem utilizado, pode gerar excelentes resultados. Porém, por outro lado, se as informações ou os dados forem manipulados e dissimulados podem ter consequências desastrosas. De acordo com Frederic Boissay o compromisso entre eficiência e privacidade dependerá das preferências da sociedade e variará em diferentes jurisdições.

---

<sup>1</sup> No original: The business model of big techs rests on enabling direct interactions among a large number of users on digital platforms, such as in e-commerce, search and social media.

Por isso, é essencial coordenar políticas tanto a nível nacional quanto internacional (Boissay et al., 2020, tradução nossa<sup>2</sup>).

Dessa forma, cabe à sociedade e aos cidadãos, dentro do possível, salvaguardar seus dados não navegando em sites desconhecidos ou em ambientes não seguros e também apurar a veracidade das informações propagadas para tomar seu próprio juízo de valor. Dessa maneira, de acordo com Zocatelli Queiroz (2021), apesar dos cidadãos terem total liberdade para compartilhar aspectos importantes ou triviais de suas vidas, é crucial assegurar a proteção adequada dos direitos fundamentais no que diz respeito ao amplo e irrestrito acesso às informações pessoais por parte de instituições públicas ou privadas de tratamento de dados.

Ademais, entende-se que apesar dos benefícios da instantaneidade ao acesso à informações e notícias, existe também um fator determinante que detém de um papel relevante no aumento da complexidade na tarefa, não só, de selecionar, como também filtrar e distinguir entre o que é verídico e o que não é. Conforme Law (2020), no momento presente, a sociedade encontra-se vivenciando a era da Revolução 4.0 ou, popularmente definida como a Quarta Revolução Industrial, a qual se destaca pela velocidade extrema na criação e disseminação de não só avanços tecnológicos, como informações e até mesmo dados pessoais.

Dentre as características presentes na “Revolução 4.0”, destaca-se o uso e a disseminação da Inteligência Artificial - IA, do avanço de pesquisas e uso da biotecnologia e outras inovações as quais têm a capacidade de transformar, de forma universal, o cotidiano da população usuária. Assim, é necessária uma adaptação ao novo mundo, onde além de um bombardeio diário com informações em tempo real, o uso de facilitadores de compras, via internet, ganha, cada vez mais, espaço entre os consumidores, o que ocasiona um volume expressivo de operações.

Neste determinado cenário específico, é importante ressaltar que o usuário ou consumidor, uma vez que forneceu suas informações pessoais, acaba por perder de uma maneira em particular, a posse e o domínio sobre

---

<sup>2</sup> No original: The nature of the new trade-off between efficiency and privacy will depend on societal preferences, and will vary across jurisdictions. This increases the need to coordinate policies both at the domestic and international level.

tais dados, vendo-se em uma situação de não ter mais pleno controle sobre os mesmos.

Assim sendo, em análise macro acerca da globalização, difusão e transporte em tempo real não só de informações, como também de dados pessoais indaga-se qual a segurança que o usuário/consumidor tem de que esses dados não serão vazados e/ou utilizados de forma indevida? Nesse aspecto, pesquisadores e estudiosos defendem que há quem diga que o vazamento ocorrerá, a incerteza gira em torno do prazo para que isso ocorra.

De forma a regulamentar o tráfego e o domínio de dados pessoais, em Setembro de 2020 entrou em vigor, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/2018, que regulamenta o tratamento de dados pessoais não só em meios digitais, mas também físicos (Zocatelli; Queiroz 2021).

Em continuidade, vale destacar a Emenda Constitucional Nº 115, de 10 de Fevereiro de 2022 que alterou os artigos 5º, 21 e 22 da Constituição Federal do Brasil de modo a incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e assim fixou a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais; traz o seguinte texto:

[...] Art. 5º

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. ”

Art. 21.

XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. ” (NR)

“Art. 22.

XXX – proteção e tratamento de dados pessoais. [...] (Brasil, 2022)

Nesse sentido, é notório que a legislação brasileira tem como principal objetivo a proteção ou até mesmo a mitigação de todo e qualquer possível vazamento. Por consequência desses pilares, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, que detém o objetivo institucional de garantir, de maneira abrangente e precisa, a adequada conformidade com as diretrizes estabelecidas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no território brasileiro. Além disso, sua atuação tem como propósito salvaguardar os

direitos fundamentais relacionados à liberdade, privacidade e crescimento livre da personalidade dos cidadãos (Macêdo; Schmidt, 2022).

Um fato que destaca o avanço e o compromisso da legislação brasileira perante à proteção dos dados dos usuários dos sistemas, páginas e demais plataformas oferecidas é a sintonia entre a LGPD e o Código de Defesa do Consumidor - CDC. Destaca-se o artigo 45 da referida Lei, onde é afirmado que as hipóteses de violação do direito no âmbito das relações de consumo, tem às suas penalidades definidas e regidas pelo CDC. Ou seja, em caso de violação, divulgação e/ou qualquer dano causado para o usuário, no âmbito de relações de consumo, a responsabilidade acerca da possível punição do agente causador é definida e regida através do CDC, conforme trecho da lei a seguir.

Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente (Brasil, 2018).

Segundo Fernandes e Nuzzi (2022), a doutrina brasileira reconhece o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental e o considera como independente e de maior relevância do que a tutela da intimidade e da privacidade. Esse direito está previsto em uma legislação moderna, abrangente e aplicável a todas as situações relacionadas a essa questão.

No mundo atual, onde a privacidade é um direito cada vez mais desafiado, é fundamental agir com cautela ao lidar com dados pessoais, tendo como um dos principais objetivos a implementação dos procedimentos necessários para garantir a segurança e evitar possíveis violações. Sumariamente, de acordo com Dahle de Almeida e Soares (2022), a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18 — LGPD), detém de uma atitude sensata ao considerar a proteção de informações pessoais, por meio de medidas indispensáveis na era digital, onde os dados pessoais são tratados como bens preciosos.

Contudo, a interpretação dos usuários ainda não vai de acordo com o esforço proposto nos normativos citados, uma vez que de acordo com a

pesquisa de privacidade do consumidor da Cisco 2021<sup>3</sup>, foi apontado não só um baixo nível de confiança do consumidor na proteção de sua privacidade *online*, como também a busca pela transparência e controle sobre como as empresas lidam com seus dados.

Em continuidade acerca da pesquisa dita, foi constatado que, entre outras considerações, revelou-se através do estudo que uma parcela significativa dos usuários e/ou consumidores acredita que a Inteligência Artificial - IA utiliza informações para facilitar a efetivação de escolhas de forma automatizada. Tal suspeita vem sendo frequentemente levantada, deixando claro um certo grau de desconfiança em relação ao uso dessa tecnologia.

A pesquisa supracitada aborda o anúncio do Novo Padrão de Confiança da Cisco, o qual tem como objetivo o estreitamento de relações com o usuário, através principalmente da convicção acerca do tipo de tratamento, que a empresa utilizará o com dados informados pelos consumidores e/ou usuários. Dessa maneira, com o objetivo de estabelecer uma construção da confiança do consumidor, indicativos fundamentais para apertar esse laço são transparência e controle, e através desses indicadores, será possível estabelecer uma referência a qual servirá como ferramenta base para a verificação acerca da confiabilidade das empresas, no que diz respeito à transformação digital.

Diversos pesquisadores se dedicam ao estudo do fator confiança nas relações sociais, tais e quais Kant, Habermas e Luhmann, os quais tiveram como objetivo em suas obras, demonstrar para a sociedade a relevância desse princípio para a sociedade na qual o indivíduo encontra-se inserido (Verbicaro; Calandrini, 2022).

Ainda de acordo com Verbicaro e Calandrini (2022), a definição do jurista alemão Karl Larenz, revela que confiança é um princípio inseparável do direito e ainda atua como agente balizador entre as relações contratuais, de forma a exercer um papel de “motor” da atuação do indivíduo, onde passa a ser estabelecida uma conexão direta com o princípio da responsabilidade. Em continuidade acerca do entendimento de Karl, o princípio da confiança está

---

<sup>3</sup> Disponível em: [https://www.cisco.com/c/dam/global/pt\\_br/solutions/pdfs/cisco-cybersecurity-series-2021-cps.pdf](https://www.cisco.com/c/dam/global/pt_br/solutions/pdfs/cisco-cybersecurity-series-2021-cps.pdf)

fundamentado no personalismo ético de tal forma que a pessoa livre, social e racional será o fator determinante de si mesma.

O Novo Padrão de Confiança ou *New Trust Standard*, segundo a matéria, pode ser usado por qualquer organização que visa atender a um novo padrão de proteção de dados. O estudo salientou quatro elementos essenciais, estabelecidos pela Cisco, que as organizações necessitam para crescer enquanto se mantêm seguras, ao mesmo tempo em que mantêm a confiança pública, sejam eles:

[...] Forneça comunicações claras sobre como você usa os dados do cliente [...]  
[...] Aumente a visibilidade das regulamentações e proteções de privacidade do seu país [...]  
[...] Trabalhe para criar políticas de "volta ao escritório" que forneçam um ambiente de trabalho seguro, enquanto ainda protegem e respeitam os direitos individuais e a privacidade [...] e  
[...] Prossiga com cuidado ao usar dados pessoais na tomada de decisão automatizada que afeta os clientes. [...] CISCO (Brasil).

Desta forma foi observado que a intimidação exercida pelos usuários e/ou consumidores, através da redução ou até mesmo a paralisação de compras /ou utilização de serviços virtuais, têm força significativa ao ponto de promover uma ação desencadeadora acerca de fomentar e implementar mecanismos de ações por parte das empresas, de modo a aprimorar as entregas, e como consequência aumenta a confiabilidade, dos usuários e/ou consumidores, e segurança no uso dos dados pessoais.

Ainda sobre parâmetros de proteção, com o intuito de fornecer proteção para as atividades de tratamento de dados pessoais, a legislação brasileira é taxativa quanto à definição dos princípios a serem seguidos.

Nesse contexto, destaca-se o artigo 6º da Lei Geral de Proteção de Dados, o qual elucida:

[...] Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:  
I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;  
II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;  
III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (*grifo nosso*) [...] (Brasil, 2018).

De forma a assegurar o cumprimento dos princípios preditos e também destes indicadores de boas práticas, cumpre evidenciar o artigo 5º da referida lei. De forma a destrinchar o teor do artigo em comento, é importante citar que este fragmento do instrumento legal, detém a responsabilidade de conceituar as expressões, palavras e demais jargões utilizados ao longo da norma de acordo com o trecho a seguir.

[...]Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
- III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;
- IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;
- V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;
- VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
- VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII - encarregado: pessoa natural, indicada pelo controlador, que atua como canal de comunicação entre o controlador e os titulares e a autoridade nacional;

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; (Redação dada pela Medida Provisória nº 869, de 2018)

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

XIII - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados;

XIV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado;

XV - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro;

XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco; [...] (*grifo nosso*) (Brasil, 2018).

Conforme a definição na LGPD, o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais - RIPD tem como objetivo a gestão de riscos existentes de forma a prover a mitigação.

Nesse contexto, caso o preposto não esteja aderindo às proeminências como expedientes de precaução e segurança e outros ditames, conforme Capítulo VII – Da Segurança e das Boas Práticas, será responsabilizado e incumbirá indenização de danos, de acordo com a Seção III – Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos – art. 42 e 44, todos da Lei

13.709/2018. À vista disso, é provindo à ANPD a fiscalização e aplicação de sanções em caso de descumprimento.

É observado que a ANPD tem a delegação de competência para regulamentar o RIPD, em conformidade com o art. 55-J, inciso XIII da LGPD, e ainda que esses regulamentos deverão ser precedidos, inclusive, de análises de impacto regulatório - art. 55-J § 2º do mesmo diploma legal conforme demonstrado a seguir.

[...]Art. 55-J. Compete à ANPD: [...]

[...] XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei; [...] (BRASIL, 2018).

Ocorre que não há registros acerca dessa regulamentação perante a ANPD. A ausência desta normatização, cabe destacar que tal ação encontra-se prevista no artigo nº 5 inciso XVII da LGPD, incide na possível falha acerca de identificação e exposição de diversos riscos e falhas e, como consequência, medidas de segurança e prevenção de vazamento poderiam ser adotadas. Entretanto, com a ausência da obrigação acerca da elaboração do documento em questão, não há previsão para gastos financeiros e de mão de obra, uma vez que há um custo considerável e complexidade na confecção do documento.

[...]A partir da definição adotada na LGPD, pode-se inferir que, ao importar a concepção de relatório de impacto à proteção de dados do Regulamento Geral da Proteção de Dados, a metodologia recomendada para a elaboração do referido relatório, no instrumento brasileiro, é, assim como na Europa, aquela baseada em risco. [...] (Garrote et al., 2021).

Dessa forma, é de se indagar: O RIPD deveria ser compulsório para todos os controladores, haja vista que a LGPD é negligente nesse ponto? Ou poderia valer-se de critérios ou cálculo de riscos (baixa, média e alta complexidade) e assim listar um rol de imperiosidade e/ou anulação do mencionado relatório?

É relevante evidenciar que ANPD terá total autonomia para estabelecer indicativos e critérios a fim de definir a sua escolha metodológica com o

intuito de elaboração do relatório de impacto. Ou seja, é possível dizer que a adoção tácita, pela LGPD, de uma metodologia baseada em risco não define, tampouco obriga, a escolha da Autoridade Nacional. Dessa forma, é compreensível que tal figura poderá optar por uma metodologia mais compatível com a realidade brasileira (Garrote et al., 2021).

No Seminário sobre “Vazamento de Dados e o regime de prevenção e reparação de danos no CDC e na LGPD” (2021)<sup>4</sup>, a professora Heloísa Carpena pontuou algumas questões quanto ao tema e teceu que há uma aproximação com a disciplina do Código de Defesa do Consumidor no tocante aos produtos e serviços que são perigosos ou nocivos.

No capítulo da Qualidade do CDC – o art. 8º evidencia deveres especiais para o fornecedor que ofereça e/ou produza produtos e serviços que podem ser considerados nocivos e perigosos. E vem crescendo até o art. 10 que trata de uma regra que se assemelha com a LGPD, relativamente ao *Recall* – quando esse risco é identificado posteriormente à introdução do produto no mercado. O fornecedor tem o dever de comunicar isso amplamente.

A experiência alcançada mediante o uso do Direito do Consumidor é que essas normas foram de baixa aderência. Embora não tenha, exatamente, uma discussão, há algum tipo de controvérsia em relação a elas, na verdade, o Administrador jamais demonstrou preocupação em elaborar uma lista que trouxesse esses exemplos; e no campo jurídico tem-se escassos casos relativos a esse encargo informativo. No entanto, mediante a utilização de recursos/subsídios na doutrina do Direito do Consumidor, não se faz imprescindível a presença de tal regulamentação, todavia, a existência da regulamentação, inegavelmente, proporcionará vantagens à aplicação da norma.

[...] a teoria do diálogo das fontes entre CDC (LGL\1990\40) e LGPD aprofunda o entendimento e amplia a tutela do indivíduo em sua vulnerabilidade frente ao tratamento de dados pessoais pelo fornecedor, agora também revestido da qualidade de agente de tratamento de dados.[...] (Oliveira; Freitas, 2021).

---

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KKL6By2iatU>

Outro enfoque residiria no que o dispositivo legal salvaguarda, com referência ao Código de Defesa do Consumidor, porém abrangendo o arcabouço jurídico em sua integralidade; o referido código é percebido como um instrumento de estabelecimento de regras no campo do comércio de bens e serviços. Não apenas como uma salvaguarda da parte mais suscetível na relação de consumo. Tal perspectiva possui uma amplitude, estando mais arraigada em algo que já possui solidez; que já conta com uma vasta experiência de aplicação da lei.

Conforme Negrisoni Fernandez Polettini (2020) é passível de assumir que além do diálogo presente, no que tange às previsões principiológicas da LGPD e as previsões do CDC, a defesa do consumidor é um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados.

O Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais, uma vez regulamentado pela Agência Nacional de Proteção de Dados, trará suposições e a descrição de como deve este documento ser elaborado e como consequência, ocorre o favorecimento para que essa norma não se torne ineficaz perante a Lei Geral de Proteção de Dados. Entretanto, pelo fato de ter ocorrido esse levantamento, a doutrina de proteção de dados não se refere ao relatório como um mero *checklist* de conformidade, mas sim como uma análise concreta do risco em uma determinada situação. No entanto, ao cumprir com essa obrigação, o controlador/fornecedor não se isenta de responsabilização pelos danos que possam ocorrer. Isso é de extrema importância.

A LGPD regulamenta a forma como os dados pessoais devem ser armazenados e como devem ser tratados, essencialmente, nos meios digitais. E é essa uma das mais importantes atenções dispensadas à defesa do consumidor brasileiro, ou seja, é incluir no conceito de direito à privacidade, o direito do consumidor de determinar quem pode ter acesso aos seus dados pessoais, de que forma será esse acesso e quais os limites de uso deles por terceiro (Follone; Filho, 2020).

O objeto de proteção da lei é a confiança depositada pelo proprietário dos dados, na relação estabelecida entre o homem e a rede, ou seja, é a proteção às legítimas expectativas. Em continuidade, essas expectativas se qualificam como legítimas não do ponto de vista subjetivo, e ainda a lei vai

garantir aquilo que se qualifica como legítimo. E, neste caso, a lei conceitua legítimo como aquilo que o fornecedor e/ou controlador deve fazer.

Então, esses deveres que estão previstos de forma expressa e taxativa existem muitos sobre anonimização, sobre mitigação de danos e outros, e é com fundamento nesses deveres que serão determinados os limites dessa expectativa que é protegida.

Quanto à responsabilidade civil dos agentes de tratamento, a professora Heloísa Carpena defende a tese da responsabilidade civil objetiva e acrescenta que os incidentes de segurança são por natureza acidentes de consumo, conforme art. 14 do CDC. Assim, a convergência entre a responsabilidade civil ativa e a LGPD é a ideia do risco e a tomada de decisões proativas do agente de tratamento para mitigação destes riscos.

Nessa acepção, existem algumas incumbências do agente relacionadas à periculosidade, a saber: formulação de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, notificação à ANPD e ao interessado perante eventualidades, adoção de práticas exemplares por controladores e operadores; e criação de políticas e segurança apropriadas.

Nesse contexto, a professora Heloísa Carpena, tem como interpretação de que o RIPD deveria ser obrigatório. Contudo, não em todos os casos haja vista que o risco exacerbado como na experiência do consumidor não é presente em 100% da realidade prática, desta forma compreende-se que o relatório em questão está ligado ao grau do risco a ser enfrentado. Entretanto, nos últimos 30 anos o grau de proteção, no que diz respeito ao consumidor no território nacional, está cada vez mais alto.

No *leading case* do IBGE, em que foi anulada a MP - Medida Provisória 954/2020, havia a previsão do RIPD, contudo o momento definido seria após a transferência de dados. Ocorre que após a transação de milhões de dados de clientes das operadoras de telecomunicações ao IBGE, o Supremo Tribunal Federal – STF ressaltou que o Relatório de Impacto à Privacidade e à Proteção de Dados deveria ser antecedente e não posterior ao compartilhamento dos dados. Este veredito foi comparado com a situação ocorrida no Tribunal Constitucional da Alemanha no julgamento do censo.

Nesse cenário, o Ministro Ricardo Lewandowski ao proferir seu voto na ADI 6387, destacou que o § 2º do art. 3º da referida MP 954/2020, previa:

[...] § 2º A Fundação IBGE informará, em seu sítio eletrônico, as situações em que os dados referidos no caput do art. 2º foram utilizados e divulgará relatório de impacto à proteção de dados pessoais, nos termos do disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2020).

E, ainda o ponderou o Ministro Lewandowski que:

[...] a confecção de relatório de impacto à proteção das informações pessoais dos consumidores não pode ser feito a destempo, depois de já compartilhados e ocorridos eventuais abusos, pois assim, ao menos em um juízo de cognição sumária, será tarde demais para que seja apurado se houve ou não adequação à legislação e como foi impactado o regime de proteção de dados. (ADI 6387-MC-REF/DF - Acórdão, Voto p.11) (Brasil, 2020).

No âmbito internacional, dentro da União Europeia, o relatório de avaliação de impacto não é compulsório para todas as entidades, existindo uma graduação no que concerne ao nível de perigo envolvido. Por outro lado, nos Estados Unidos da América, tal relatório não é obrigatório para as entidades de natureza privada, sendo aplicável exclusivamente aos órgãos pertencentes à administração pública, nas circunstâncias específicas.

Destarte, uma vez regulamentado o RIPD, a ANPD terá outras barreiras a serem superadas, tais como a efetiva fiscalização do relatório e se as ações em prol da mitigação de risco e/ou prevenção no vazamento de dados estão realmente implementadas pelas controladoras.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A fluidez e a celeridade dos eventos, em um globo interconectado, têm substantivamente contribuído para as transformações e adaptações no cotidiano dos indivíduos. Presentemente, as plataformas digitais alteraram esse cotidiano e os usuários estão, progressivamente, fazendo uso dos meios virtuais, desde uma simples pesquisa, seja para o emprego das redes sociais ou até mesmo para compras *online*.

Os usuários, ao registrarem suas informações, autorizam que essas sejam retidas pelas empresas de tecnologia, essas desde de pequeno e grande porte, as quais detêm o controle desses dados. As empresas de grande porte são frequentemente conhecidas como *big techs*, as quais são ocasionalmente

consideradas como uma entidade paralela, uma vez que estas utilizam da máxima de que conhecimento é sinônimo de poder. Nesse cenário, com o aparecimento das *big techs* e suas inovações, a população passou a adaptar-se à nova forma operacional de trabalho, rotina diária, comunicação e compras via internet.

Nesta circunstância, o usuário posteriormente à inserção de suas informações, de certa forma, deixa de ter o domínio absoluto sobre as mesmas. O cerne da questão reside na garantia de proteção de que o usuário possui, assegurando que tais dados não serão expostos indevidamente e/ou utilizados de maneira ilícita. Neste âmbito, existem aqueles que afirmam que a exposição haverá, apenas incerta é a data em que tal ocorrerá.

Vale elucidar a Emenda Constitucional Nº 115, de 10 de Fevereiro de 2022 que alterou os artigos 5º, 21 e 22 da Constituição Federal de modo a incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente foi possível consolidar a competência privativa da União para legislar acerca da proteção e tratamento de dados pessoais.

Nesse sentido, apesar de haver uma sintonia entre o CDC e a LGPD, a legislação brasileira caminha para salvaguardar ou mitigar possível vazamento de dados privados. A partir dessa premissa foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, um órgão da administração pública federal responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados em todo o território nacional.

Uma das medidas advindas como estratégia para prevenir e mitigar a possibilidade de ocorrência de vazamento de informações é o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais – RIPD, esse documento, o qual ainda será devidamente normatizado pelo órgão fiscalizador ANPD. No entanto, uma vez superada essa fase, a ANPD encontrará obstáculos adicionais, incluindo a exigência fiscalização efetiva do relatório, bem como verificar se as ações em prol da minimização de riscos e/ou prevenção de vazamento de dados estão genuinamente implantadas pelas entidades controladoras.

Vale observar que, ainda que o RIPD esteja regulamentado, o relatório não garante total segurança quanto ao vazamento, apenas aponta que ações

estão sendo feitas para mitigar o risco de vazamento que, inclusive, tem-se como certo que ocorra, só não se sabe quando.

É de extrema relevância destacar que, mesmo considerando a regulamentação do RIPD, esse documento não assegura plena segurança em relação à divulgação indevida, apenas indica as medidas em andamento para reduzir o risco de vazamento. Uma vez que é indiscutível a ocorrência desse tipo de compartilhamento e/ou vazamento de informações pessoais, porém sua temporalidade permanece desconhecida.

Dessa maneira, nessa conjuntura, por um lado sedutor e propiciador dos meios digitais e por outro de inquietação com os dados inseridos para navegação virtual, o usuário deve procurar outras formas de resguardar sua individualidade ou seus dados, se é que é factível, com os algoritmos constantemente presentes na tecnologia.

Contudo, a própria pressão dos usuários/consumidores não realizando compras ou não utilizando tais serviços virtuais de determinadas empresas, podem gerar mecanismo de ações, por parte das empresas, para melhorar suas entregas com mais confiabilidade e segurança na utilização dos dados pessoais.

Entretanto, a própria demanda crítica dos usuários abstendo-se de adquirir ou não utilizando tais serviços virtuais de determinadas empresas, têm o poder de impulsionar mecanismos de iniciativa, por parte das empresas, visando otimizar suas entregas com maior confiabilidade e salvaguardar a utilização dos dados pessoais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [S. l.], 12 set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 7 dez. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. [S. l.], 10 fev. 2022. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm). Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [S. l.], 15 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

BOISSAY, Frederic; EHLERS, Torsten; GAMBACORTA, Leonardo; SHIN, Hyun Song. Big Techs in Finance: On the New Nexus Between Data Privacy and Competition. **The Palgrave Handbook of Technological Finance**, [s. l.], e-book pgs 855–875.. DOI [https://doi.org/10.1007/978-3-030-65117-6\\_31](https://doi.org/10.1007/978-3-030-65117-6_31). Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-65117-6\\_31](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-65117-6_31). Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 6387, de 7 de maio de 2020**. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de Importância internacional decorrente do novo Coronavírus (covid-19). Compartilhamento de dados Dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e Do serviço móvel pessoal, pelas empresas Prestadoras, com o instituto brasileiro de geografia E estatística. Fumus boni juris. Periculum in mora. Deferimento. [S. l.], 7 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 8505-884E-09E4-E6DB. Acesso em: 9 jul. 2023.

CISCO (Brasil). **Criação de confiança do consumidor com transparência e controle CISCO 2021** | : Pesquisa de privacidade do consumidor. *In*: CISCO (Brasil). Criação de confiança do consumidor com transparência e controle CISCO 2021 | : Pesquisa de privacidade do consumidor. [S. l.], 1 jun. 2020. Disponível em: [chrome-extension://oemmnadbldboiebfnladdacbdm/adm/https://www.cisco.com/c/dam/global/pt\\_br/solutions/pdfs/cisco-cybersecurity-series-2021-cps.pdf](chrome-extension://oemmnadbldboiebfnladdacbdm/adm/https://www.cisco.com/c/dam/global/pt_br/solutions/pdfs/cisco-cybersecurity-series-2021-cps.pdf). Acesso em: 5 jul. 2023.

DAHLE DE ALMEIDA, Siderly do Carmo; SOARES, Tania Aparecida. Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD no cenário digital. **Perspectivas da Ciência da Informação**, <https://www.scielo.br/j/pci/a/tb9czy3W9RtzgbWWxHTXkCc/>, v. 27, n. 3, p. 26-45, 2 dez. 2022. DOI <https://doi.org/10.1590/1981-5344/25905>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pci/a/tb9czy3W9RtzgbWWxHTXkCc/>. Acesso em: 5 jul. 2023.

FERNANDES, Marcelo Eloy; NUZZI, Ana Paula Eloy. Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Uma revisão narrativa. **Research, Society and Development**, <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/34247/29094>, v. 11, ed. 12, 15 set. 2022. DOI <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v11i12.342471>.

Disponível em:

<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/34247/29094>. Acesso em: 5 jul. 2023.

FOLLONE, R. A.; SIMÃO FILHO, A. A Conexão da LGPD e CDC: A Proteção de Dados Pessoais nas Relações Consumeritas e a sua Concretização como Direito Fundamental.. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], n. 8, p. 937-959, 2020. Disponível em:

<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2112>. Acesso em: 6 jul. 2023.

GARROTE, Marina Gonçalves; PASCHOALINI, Nathan; MEIRA, Marina; BIONI, Bruno R. ANPD na regulamentação do Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais: Análise dos primeiros movimentos da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **JOTA**, [S. l.], p. 1, 13 jul. 2021. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/anpd-relatorio-impacto-protecao-dados-pessoais-13072021>. Acesso em: 6 jul. 2023.

LAW, Thomas. A Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise comparada ao novo modelo chinês. In: LAW, Thomas. **A Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise comparada ao novo modelo chinês**. Orientador: Maria Eugênia Finkelstein. 2020. Tese de Doutorado (Doutor em Direito Comercial) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, [S. l.], 2020. DOI

<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23402>. Disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/23402/2/Thomas%20Law.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2023.

MACÊDO, André Batisti; SCHMIDT, Roberto Eurico. O Regime de Responsabilidade Civil Aplicado na Lei Geral de Proteção de Dados **RUNA - Repositório Universitário da Ânima**, [s. l.], 14 jun. 2022. Disponível em:

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/25299>. Acesso em: 3 jul. 2023.

NEGRISOLI FERNANDEZ POLETTINI, Márcia Regina. A LGPD e os impactos nas relações de consumo. **Revista JurisFIB**, [s. l.], v. 10, ed. 2, 5 dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/471>. Acesso em: 6 jul. 2023.

RESENDE, Antônio Donizetti; BRASIL, Deilton Ribeiro. Impactos e consequências da globalização nos direitos fundamentais, no constitucionalismo e na soberania dos estados. **Caderno de Relações Internacionais**, [S. l.], p. 1-36, 5 fev. 2020. DOI

<https://doi.org/10.22293/2179-1376.v10i19.1175>. Disponível em:

<https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1175/907>. Acesso em: 28 jun. 2023.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SEMINÁRIO WEBINAR DO IDP, 2021. Tema: **“Vazamento de Dados e o regime de prevenção e reparação de danos no CDC e na LGPD”** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KKL6By2iatU> Acesso em: 06 dez. 2021.

VAINZOF, Rony. A LGPD e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais. **Revista Consultor Jurídico, 2021**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/rony-vainzof-lgpd-relatorio-impacto-protacao-dados> Acesso em: 04 dez. 2021. 085834/publico/11550929DIO.pdf. Acesso em: 3 jul. 2023.

VERBICARO, Dennis; CALANDRINI, Jorge. A proteção da confiança do consumidor e a base do legítimo interesse na lei 13.709/2018 (lei geral de proteção de dados pessoais). **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 31, n. 139, p. 73-99, 2022. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-do-consumidor/2022-v-31-n-139-jan-fev>. Acesso em: 5 jul. 2023.

ZANETTI DE OLIVEIRA, Dânton Hilário; ALMENDRA FREITAS, Cinthia Obladen. A responsabilidade civil do fornecedor quanto aos dados pessoais do consumidor: diálogo das fontes entre cdc e lgpd. **Revista de Direito do Consumidor**, [S. l.], v. 138, p. 225-242, 2021. Revista de Direito do Consumidor | vol. 138/2021 | p. 225 - 242 | Nov - Dez / 2021 DTR\2021\47772.

ZOCATELLI QUEIROZ, Renata Capriollo. A proteção de dados pessoais: A LGPD e a disciplina jurídica do Encarregado de Proteção de Dados Pessoais. In: ZOCATELLI QUEIROZ, Renata Capriollo. **A proteção de dados pessoais: A LGPD e a disciplina jurídica do Encarregado de Proteção de Dados Pessoais**. Orientador: Dr. Álvaro Villaça Azevedo. 2023. Tese de Doutorado (Doutor em Direito Civil) - Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, [S. l.], 2021. DOI <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-23082022-085834>. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-23082022->.

Recebido em: 09/07/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11432



## PRINCÍPIO *PRÓ MISERO* E SUA APLICAÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR RURAL

### *PRO MISERO* PRINCIPLE AND ITS APPLICATION TO REALIZE THE RIGHTS OF RURAL WORKERS

*Luiz Fernando Mingati*

Doutorando em Direito pela FADISP (2024). Mestre em Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem (2023). Pós-Graduado em Direito e Processo Previdenciário pelo Instituto Damásio de Direito (2021). Membro Efetivo Regional da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/SP. Secretário Geral da 264ª Subseção da OAB de Palmeira d'Oeste-SP. Presidente da Comissão de Direito Previdenciário da 264ª Subseção da OAB de Palmeira d'Oeste-SP. Representante Regional do IAPE (Instituto dos Advogados Previdenciários).  
[imingati@hotmail.com](mailto:imingati@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0009-0009-3089-861X>

**RESUMO:** O presente artigo discorre sobre as garantias e os direitos concedidos ao trabalhador rural pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que o equiparou, de forma isonômica, ao trabalhador urbano. Ele também expõe a dificuldade que os rurícolas possuem na concretização de seus direitos, em razão da informalidade que exercem o trabalho e da sua hipossuficiência informacional e econômica. Além disso, o estudo disserta acerca dos princípios como meios legais justificadores da busca pelo atendimento social da legislação e, ainda, da conceituação e da aplicação concreta do princípio *pró misero* em casos que envolvem o profissional rural. Trata-se, portanto, de um instrumento necessário para que os direitos conferidos ao segurado especial possam ser garantidos e efetivados, concedendo-lhe dignidade a sua pessoa. Por fim, este artigo utilizou-se de diversas revisões bibliográficas e jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal; Trabalhador rural; Princípio. *Pró misero*.

**ABSTRACT:** This article discusses the rights and guarantees granted to rural workers by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, which equated them, in an equal manner, to urban workers. It exposes the difficulty that rural workers have in realizing their rights, due to the informality in which they carry out their work, as well as their informational and economic lack of sufficiency. Discusses the principles as legal means justifying the search for social assistance through legislation. Finally, it deals with the conceptualization and concrete application of the *pro misero* principle in cases involving rural workers, being, therefore, a necessary instrument so that the rights granted to the special insured can be guaranteed and implemented, giving them dignity and their dignity. person. This article used several bibliographic and jurisprudential reviews.

**KEYWORDS:** Federal Constitution; Rural worker; Principle. *Pro misero*.

**Como citar:** MINGATI, Luiz Fernando. Princípio *Pró Misero* e sua Aplicação Para Concretização dos Direitos do Trabalhador Rural. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 467-491, 2024.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva debater a dificuldade que o trabalhador rural possui ao comprovar a atividade rural, levando-se em conta o cenário no qual está inserido. Tal panorama contém vulnerabilidades que consistem na informalidade de como o trabalho é desenvolvido pelo empregador rural, na ausência de informação e de escolaridade do lavrador, e na falta de condições financeiras.

Embora a Constituição Federal tenha promovido uma significativa equiparação do trabalhador urbano com o rural, beneficiando o rurícola na redução do requisito etário em cinco anos para se aposentar por idade e também na desnecessidade de recolher contribuições previdenciárias, observa-se desigualdade quanto ao alcance dos benefícios previdenciários, máxime em virtude da dificuldade na obtenção de documentos idôneos admitidos para essa comprovação. Esse impasse torna ineficaz a norma constitucional, pois não garante a isonomia pretendida.

No tocante ao emprego dos princípios em nosso ordenamento jurídico, esta pesquisa almeja elucidar se o uso do *pró misero* pode contribuir para que o lavrador consiga o que lhe é de direito. À vista disso, a primeira parte do trabalho fala a respeito dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais voltados ao lavrador, a sua conceituação e ao histórico legislativo, além de discorrer sobre as precárias condições de trabalho do rurícola.

Já o segundo capítulo dispõe dos princípios, trazendo (i) histórico, (ii) conceito, (iii) diferenciação em face das regras e (iv) utilização visando ao atendimento da finalidade social da legislação. Posteriormente, no terceiro capítulo, narra-se a conceituação do *in dúbio pró misero* ou solução *pró misero* como fundamento de decisões que atestam efetividade na aplicação dos direitos sociais conferidos ao rurícola, facilitando a comprovação da atividade rural desempenhada. Ao final, foram trazidos julgados do Superior Tribunal de Justiça relativos ao tema, que demonstram o uso do princípio *pró misero* na prática.

Desse modo, o artigo, destinando-se à comunidade acadêmica e aos profissionais da área jurídica, compreende sua relevância pautada no estudo

do princípio *pró misero* e na sua utilização, cujo propósito é a promoção da dignidade da pessoa humana do lavrador.

## **1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO SEGURADO ESPECIAL/TRABALHADOR RURAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O rurícola desempenha um papel fundamental no cultivo da terra, na preservação de recursos naturais e na produção de alimentos (Cereza, 2022), sendo pilares essenciais para o meio rural (Tibaldi; Correio, 2019) e, conseqüentemente, para o Brasil. Posto isso, será necessária uma rápida digressão histórica quanto à inserção do trabalhador rural no ordenamento jurídico brasileiro a fim de uma melhor compreensão do tema abordado.

Os primeiros benefícios concedidos aos trabalhadores rurais se deram a partir da Lei Complementar 11, de 25/05/1971, sendo incluídos, em sentido estrito, no sistema previdenciário pela Lei 8.213/91. Tal reconhecimento, ocorrido há 33 anos (tardiamente), não foi suficiente para retirar a tarja posta nos trabalhadores rurais de beneficiários do sistema, embora, na verdade, se trate de segurado-trabalhador, que muito contribuiu para o país. (Berwanger, 2020).

A referida Lei 8.213/91 conceitua o lavrador como segurado especial em seu artigo 11:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: [...].

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, [...].

Nessa direção, é importante notar que o segurado especial não é apenas o pequeno proprietário rural, mas também o arrendatário, parceiro, comodatário. Isso demonstra que o legislador buscou, de acordo com Berwanger (2020), compensar as dificuldades ocasionadas pela atividade agrícola para formas de atuação na zona rural.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, a seu turno, já tinha tido preocupação na concretização dos direitos sociais para essa categoria de trabalhadores. Por esse ângulo, o artigo 7º, *caput*, trouxe equiparação entre os trabalhadores: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Pela leitura do artigo, percebe-se que o legislador constitucional visou à igualdade de tratamento entre os trabalhadores urbanos e rurais, resgatando uma dívida histórica. Tal fato não havia sido observado a nível constitucional e reconheceu a importância do rural para a economia brasileira. Não somente a igualdade formal, que é aquela que considera as pessoas iguais perante a lei, mas sim a igualdade material, que é aquela sustentada pela promoção de igualdade de oportunidades pelo Estado, com a implementação de políticas públicas para diminuir as desigualdades existentes (Silva, 2007).

Esse maior cuidado atribuído ao lavrador, quando comparado ao trabalhador urbano, está evidenciado nos incisos I e II, do § 7º, do artigo 201, que preceitua:

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal (Brasil, 1988).

Referida disposição constitucional repete-se no § 1º, do artigo 48, da Lei 8.213/91. Veja-se:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea *a* do inciso I, na alínea *g* do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

Justifica-se essa redução etária pelo impedimento de exercício do trabalho rural: “entendemos que a presunção de penosidade da atividade rural é o que justifica reduzir a idade em cinco anos” (Berwanger, 2013, p. 233). Prossegue a mesma autora, em outra obra, dizendo que a penosidade rural é conhecida por todos, assim, o rurícola não teria condições físicas de laborar até os 65 anos de idade (Berwanger, 2013; Berwanger; Schuster, 2017).

Vale mencionar ainda que o lavrador ingressa no mercado de trabalho antes do trabalhador urbano, sendo esta mais uma justificativa da redução etária para se aposentar. A tabela elaborada pelo DIEESE (2019), trazida em artigo publicado pelo IBGE, confirma a assertiva, cujos dados correspondem a quase 80% dos homens e praticamente 70% das mulheres que ingressam no mercado de trabalho antes dos 15 anos de idade. O percentual diminui sensivelmente no caso do trabalhador urbano, atingindo pouco mais de 40% do sexo masculino e de 30% do sexo feminino:

**Tabela 1:** Percentual de ocupados por idade em que começaram a trabalhar - pessoas de 10 anos ou mais, segundo o sexo e a situação do domicílio (2015)

Faixa etária	Urbano		Rural	
	Masculino	Feminino	Masculino	Feminino
<b>14 anos ou menos</b>	44,0	32,3	77,7	69,2
<b>15 a 17 anos</b>	31,9	31,0	16,3	17,7
<b>18 e 19 anos</b>	16,8	20,6	4,5	7,0
<b>20 anos ou mais</b>	7,3	16,0	1,6	6,0

Fonte: DIEESE (2019, p. 5).

Resta clarividente então o tratamento isonômico ao empregador rural, pois o diferencia dos demais segurados do Regime Geral do Previdência Social. Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco (2009), na obra Curso de Direito Constitucional, definem a isonomia como: “[...] tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (Mendes; Coelho; Branco, 2009, p. 179).

Essa preocupação do legislador, segundo Balera (2010), se relaciona com as condições adversativas de trabalho no campo vivenciada pelos trabalhadores rurais:

É perceptível, ao senso comum, que o rurícola se desgasta rapidamente e precocemente envelhece, em razão das condições agressivas de seu trabalho. Sendo diversas as condições de trabalho, na cidade e no campo, diversamente hão de ser tratados os trabalhadores rurais e urbanos, para efeito de aposentadoria. O trato distinto pretende compensar as diferenças entre as duas realidades do mundo do trabalho e é proposta que obriga o Estado a dar início ao resgate da pesada dívida social que mantém para com o homem do campo (Balera, 2010, p. 449).

Nota-se que o escritor Silvio Marques Garcia reforça que existe motivo para o tratamento dado ao trabalhador rural:

Dada a situação de fragilidade do trabalhador rural, ocasionada pelas agruras do envelhecimento na roça, com todas as características que tornam dura a vida no campo, a ponto de significar socialmente um status de desintegração em relação à modernidade, à cultura e à tecnologia, impõe-se reconhecer ao trabalhador do campo a necessidade de um tratamento diferenciado, em atenção ao princípio constitucional da igualdade (Garcia, 2015, p. 83-84).

A nível constitucional, o inciso II, do artigo 194, da Constituição Federal (exposto a seguir), igualmente merece atenção, porque reflete a preocupação do legislador constituinte originário no tratamento igualitário quanto à Seguridade Social dos trabalhadores urbanos e rurais.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...].

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; [...] (Brasil, 1988).

Assim, a Seguridade Social é gênero, cujas espécies constituintes são: a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde. Tal conjuntura não diminui o valor da Previdência para a Seguridade Social: “[...] pressupondo diferença entre seguridade e previdência, pelo menos em termos constitucionais, esta última espécie daquela, acolhe-se também a versão consoante a qual a primeira é técnica derivada, por via de evolução, da segunda [...]” (Martinez, 2011, p. 35).

São necessárias, nesse contexto, contribuições para o cidadão se tornar segurado da Previdência Social, as quais permitirão o alcance ao rol de

benefícios ali disciplinados, dentre eles Aposentadoria por Idade, Auxílio por Incapacidade Temporária, Auxílio-Acidente e Pensão por Morte. Sobre isso, Furian (2011, p. 163) assevera:

Para que as normas constitucionais possuam eficácia social – e o caráter contributivo da previdência é a própria condição de existência do direito fundamental à previdência –, além de tantos outros aspectos que a doutrina aborda, é imperioso que os deveres sejam obedecidos pelos indivíduos, pois somente assim o Estado, em conjunto com outros fatores, poderá ter possibilidade de transformar a realidade subjacente a Constituição.

Nesse panorama, é o artigo 201, da Constituição Federal, que preceitua: “a previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, [...]” (Brasil, 1988).

Todavia, o legislador constitucional, na intenção de beneficiar o trabalhador rural, concedeu a ele uma forma diferenciada de contribuição, não exigindo recolhimento idêntico como o faz aos demais trabalhadores urbanos. Nessa linha de raciocínio, narra o § 8º, do artigo 195, da Constituição Federal:

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei (Brasil, 1988).

Em face do que foi mencionado, existe um custeio diferenciado para o segurado especial, bastando a ele que recolha a contribuição incidente sobre o valor da venda, se e quando comercializar a sua produção.

Referida alíquota, em consonância com a Martins (2012), corresponde a 2,3% sobre o valor da comercialização da produção rural ou pesqueira, sendo que, deste total, 2% vão para a Seguridade Social, 0,1% para financiar os benefícios concedidos devido ao auxílio-doença e 0,2% para o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR).

E ainda que não comercialize a sua produção, ao trabalhador rural bastará a comprovação do trabalho no campo a fim de que possua direito aos benefícios da Previdência Social, como relata Goes (2014, p. 97): “[...] embora haja previsão legal a respeito da contribuição previdenciária do segurado especial (art. 25, I e II, da Lei 8.212/91), ele faz jus aos benefícios previdenciários embora não apresente contribuições recolhidas”.

Esse custeio diferenciado, ou ausência de custeio, visa incentivar a permanência de quem já está no campo e estimula o retorno, ou mesmo a ida, dos trabalhadores do meio urbano para o rural. Nessa esteira, assevera Toledo (2012), que o meio rural contempla um histórico de pobreza que é pouco evidenciada por se encontrar dissipada, o que causa desvantagem dos agricultores familiares na comercialização de seus produtos – eis que estes têm um valor agregado reduzido.

Soma-se a isto o fato de que o setor agrícola sofre interferência corriqueiras por produtos que são importados e manipulação especulativa dos grandes produtores e atacadistas que possuem melhor acesso aos nichos de comercialização, ou seja, estão isolados e fragmentados, o que lhes retira força na luta por seus direitos.

Perante o exposto, o segurado especial, além de não precisar recolher contribuições ao INSS, dispõe do requisito etário diferenciado para se aposentar. Noutro giro, no entanto, ele precisa comprovar a atividade rural através de documentos, o que é denominado início de prova material, sob pena de não preencher os requisitos para a concessão do benefício.

À vista disso, a comprovação do tempo de serviço rural pode ser efetuada nos termos do art. 55, § 3º da Lei 8.213/91, que determina:

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108 desta Lei, só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento.

Deste modo, como o trabalhador rural realiza suas atividades rurais com extremo informalismo, motiva a doutrina a se posicionar no sentido de

que a apresentação desse início de prova deve se dar valorando tal circunstância (Berwanger, 2013).

Importa mencionar Agostinho e Alcântara (2023), os quais afirmam que grande parte dos trabalhadores rurais são pessoas de pouca escolaridade e, por essa razão, não preservam documentação de trabalho ou relacionada ao pessoal, uma vez que possuem dificuldade em compreender que, no futuro, a apresentação desses documentos serão importantes para buscar seu benefício junto ao INSS.

Dessa maneira, os trabalhadores rurais acabam não tendo como comprovar a sua atividade rural em virtude da ausência de documentação legítima de comprovação, o que ocasiona a perda do direito (Geromes, 2022).

É evidente, assim, que existe uma preocupação do legislador e da doutrina especializada perante o trabalhador rural, perfeitamente justificável considerando a realidade em que se coloca no cenário laborativo. Ocorre que, não raras as vezes, essa “maior atenção” fica na letra da Lei, e não se transporta da teoria para a prática, deixando de cumprir com a sua finalidade social.

Essa conjuntura, portanto, torna indispensável uma interpretação principiológica com a finalidade de concretização do objetivo do legislador, conforme será exposto no capítulo seguinte.

## **2 PRINCÍPIOS**

Um ordenamento jurídico não é composto só de regras, mas também de princípios jurídicos, e estes, por possuírem uma aplicação mais flexível do sistema jurídico, transpõe os limites de uma visão positivista e rígida. Antigamente, os princípios possuíam o objetivo de integração jurídica, como prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42): “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Contudo, essa disposição foi superada ao longo do tempo, com os princípios ganhando força normativa e passando a compor, ao lado das regras, normativos reais do direito. Em consonância com Grau (1990), os princípios seriam normas jurídicas, o que, por consequência, converte norma

jurídica em gênero, dos quais seriam espécies os princípios e as regras jurídicas.

Essa atuação mais central dos princípios vem estampada no artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (Brasil, 2015). Logo, não existe norma, a não ser a interpretada (Häberle, 2002)

É de fundamental importância lembrar que os princípios, que deixaram de ser coadjuvantes para se tornarem protagonistas no cenário jurídico, possuem conteúdo polissêmico, embora alguns doutrinadores prefiram utilizar a expressão plurissignificativo, carregando, portanto, mais de um significado. Ademais, eles se caracterizam por uma estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas conduzidos por uma ideia mestra ou pensamento chave (Espindola, 1998).

Para o escritor Ruben Carrió (1970), os princípios pressupõem a existência de regras como referência e se dirigem aos Juízes a fim de que eles justifiquem e argumentem as suas decisões, preenchendo lacunas e solucionando os casos que não seriam contemplados pelas regras de primeiro grau. Com isso, os princípios exibem nível de neutralidade ou indiferença de conteúdo, transpassando os limites de distintos campos de regulação jurídica.

Os princípios possuem, dessa maneira, capacidade de influenciar a interpretação e a aplicação das regras no ordenamento jurídico, possuindo até mesmo natureza normogênica, ou seja, fundamentando e formando a base das regras (Canotilho, 2003).

Quanto à diferenciação entre regras e princípios, Dworkin (1989) entende que as regras seriam aplicáveis à maneira de um tudo ou nada, isto é, ou são aplicáveis ou não possuem nenhuma aplicação. Já os princípios constituem-se em razões para decidir, e não são aplicáveis automaticamente no momento que as condições para o seu uso estão satisfeitas, mas tão somente orientando uma interpretação normativa duvidosa e norteando a interpretação de regras mais conclusivas.

Alexy (1993), a seu turno, diferenciava as regras de princípio ao dizer que elas seriam normas que se constituem como mandamentos definitivos,

podendo ser cumpridas ou não, ao passo que os princípios seriam normas que ordenam a realização de determinado direito, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes – mandamentos de otimização.

Na verdade, existem muitas maneiras de distinção entre regras e princípios, e o que precisa ser enfatizado, nos dizeres de Alexy, é que os princípios possuem grau de abstração relativamente alto, enquanto as regras possuem nível de abstração relativamente baixo. Assim sendo, existe generalidade e vagueza dos princípios frente as regras jurídicas, em conformidade com Pietro Sanchís (1992), haja vista que não se pode catalogar as circunstâncias em que tem aplicação um determinado princípio, muito menos sua influência e intensidade na solução do caso concreto, como afirmado por Dworkin (1989).

Atienza (2000) igualmente defende que os princípios configuram o caso de forma aberta, enquanto as regras de forma fechada, inexistindo, naqueles, a formulação de uma lista completa de condições de sua utilização. Sobre essa discussão, Dworkin (1989) sustenta que, ao contrário das regras jurídicas, que ao entrarem em conflito são solucionados por critério hierárquico, cronológico ou específico, os princípios, nesse embate, são considerados em conformidade com a sua densidade.

Pietro Sanchís (1992) reproduz as funções desempenhadas pelo princípio na construção da argumentação jurídica. O primeiro deles seria a função interpretativa, que forneceria auxílio e norte na resolução das dúvidas referentes ao significado de uma determinada disposição normativa. Já o segundo seria a função integrativa, que se relacionaria ao preenchimento de lacunas, servindo de subsídio na ausência de normas aplicáveis ao caso.

Há também a terceira função, correspondente à diretiva, que orientaria a atividade legislativa e dos operadores do Direito, quando das tomadas de decisões ou na fixação do conteúdo de uma norma. Por fim, a função limitativa individualizaria a limitação de competência de um determinado órgão ou a globo de eficácia de uma dada regulação.

Constata-se, então, que o conteúdo dos princípios somente pode ser determinado a partir do problema concreto, podendo ceder frente a outro princípio, variando o seu nível de aplicação na resolução dos problemas

práticos de maneira que o valor atribuído a certo princípio, em alguma circunstância, pode ser diferente do que em outra.

Essa funcionalidade que os princípios exercem em nosso ordenamento jurídico ocasiona a otimização da argumentação das escolhas, posto que o operador do direito não permanece preso às regras. Importa dizer que o Direito é um Direito de princípios e valores, que tencionam permitir a criação de uma solução jurídica justa e aceitável. O que se observa em alguns momentos, no entanto, é a criação de princípios de um modo desmedido e subjetivo, ao arredo dos limites semânticos do texto normativo, destruindo a confiança que se espera do sistema jurídico.

Tal circunstância acarreta uma verdadeira “positivação de valores”, tornando possível a criação de princípios para justificar deliberações discricionárias, fragilizando o grau de autonomia do Direito e da própria legalidade constitucional, ao que se denomina pamprincipiologismo (Streck, 2020).

Neste artigo, o princípio que será abordado não se configura como aquele intitulado por Neves (2013) na obra “Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais”, na qual Hidra, que representava os princípios, era um ser de múltiplas cabeças que se regeneravam quando eram cortadas. Dispunha-se, nessa perspectiva, da capacidade de gerar amplas interpretações e soluções em contextos variados, dificultando a sua contenção dentro de um limite claro e previsível, o que leva a escolhas inconsistentes e compromete a estabilidade do sistema jurídico.

Esta pesquisa também não se refere ao ativismo judicial, como preleciona Barroso (2006), uma vez que, havendo divergência de interpretação das normas, sejam elas constitucionais, sejam elas infralegais, quem tem de fazer refletir sobre as objeções é o Judiciário. Logo, é papel do Judiciário reenquadrar os fatos sociais mediante as expectativas da sociedade.

O princípio que será objeto de estudo a seguir diz respeito à criação doutrinária e jurisprudencial, que visa à proteção do trabalhador rural em razão de sua condição de hipossuficiência em harmonia com o mandamento constitucional. Isso porque é preciso que haja previsibilidade e confiabilidade no sistema jurídico como um todo. Ademais, as decisões jurídicas devem ser

temperadas e contextualizadas consoante à condição social em que cada cidadão está inserido.

### 3 PRINCÍPIO PRÓ MISERO

Conforme mencionado alhures, os princípios são mandamentos de otimização, dispendo de intimidade com algumas searas do Direito. No Direito Penal por exemplo, é usual a aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo*, dado que, na situação de dúvida, é necessário interpretar a favor do acusado, como acontece no Direito do Trabalho, com o princípio *pro operarius*, onde objeto de sua incidência é o trabalhador. Já no Direito Previdenciário, convém solucionar em benefício ao segurado se houver um cenário de dubiedade.

Nesse sentido, o autor Alvim (1981) discorre que o princípio *pro misero* não é originário do Direito Previdenciário, nem do Direito do Trabalho, uma vez que, tratando-se de brocardo latino, foi usado primeiramente no Direito Penal, como *in dubio pro reo*, e, posteriormente, transportado para o Direito do Trabalho.

Ainda quanto a seara de aplicação, Sanctis Júnior (2012) leciona que o princípio *pro misero* é um fundamento a ser seguido a favor do necessitado, vinculando-se ao Direito Previdenciário. De maneira igual, o *in dubio pro reo* é ligado ao Penal, e o *pro operário*, ao Trabalhista.

E embora haja distinção entre os princípios, e as matérias possuem maior afinidade, não se pode perder de vista a proximidade dos ramos do Direito, fenômeno que se verifica entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário.

Em congruência com Martinez (2020), o Direito Previdenciário é concomitantemente subordinante e subordinado ao Direito Previdenciário, por conta da natureza substitutiva do trabalho prestado pela percepção dos benefícios previdenciários, se relacionando intimamente. Isso esclarece a proximidade entre os princípios postos nesses dois ramos do Direito (*pro operário* e *pro misero*) e a utilização de um princípio aos dois ramos, que é o princípio da “primazia da realidade”.

Como declara o escritor Rubin (2014), os julgados admitem esse modelo de constatação da verdade mais rasa, abaixo da certeza (verdade

material) e da verossimilhança ou preponderância de provas (verdade formal). Em síntese, a procura pela verdade real é imprescindível, o que, nas palavras de Theodoro Júnior (2019), precisa ser o farol que estimula a superação das deficiências do sistema procedimental.

Então, baseado nessa busca pela verdade e pelo abrandamento do rigor legislativo, surge o princípio *pro misero*, possibilitando o favorecimento do *misero* em algumas ocasiões. Cassar e Borges (2017) relatam que o exegeta precisa optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador, por ser ele a parte mais fraca da relação. Citada interpretação autoriza que o Juiz sentencie de forma favorável ao segurado em caso de dúvida ou em caso de omissão, em consonância com o caso em concreto, interpretando a prova a seu benefício.

Além da hipossuficiência financeira, a informacional do segurado (desconhecimento jurídico de seus deveres e direitos) orienta a utilização do princípio *pro misero* a seu favor, considerando que esses indivíduos não se encontram em situação de tomar decisões de maneira responsável. Nesse ângulo, a compreensão do direito social parte desse pressuposto, tal qual salienta Savaris (2021).

À vista disso, Martinez (1997) afirma que, havendo dúvida sobre a proteção do segurado, deve-se resolver em prol dele, inclusive pendendo-se pela presença de incapacidade e direito à prestação previdenciária, ainda que sem convicção a respeito da incapacidade laborativa.

Os autores Castro e Lazzari (2013), ao abordarem o tema, concluem:

Na relação jurídica existente entre o indivíduo trabalhador e o Estado, em que este fornece àquele as prestações de caráter social, não há razão para gerar proteção ao sujeito passivo – como, certas vezes, acontece em matéria de discussões jurídicas sobre o direito dos beneficiários do sistema a determinado reajuste ou revisão de renda mensal, por dubiedade de interpretação da norma. Daí decorre, como no Direito do Trabalho, a regra de interpretação *in dubio pro misero*, ou *pro operário*, pois este é o principal destinatário da norma previdenciária (Castro; Lazzari, 2013, p. 88).

Três termos compõem o princípio *pro misero*, quais sejam: a presunção, a dúvida e o *misero*. A presunção se constitui por meio de um raciocínio deduzido do fato desconhecido do conhecido, a partir da identidade entre eles, fornecendo grau de convencimento que mereça ser considerado na

decisão. A dúvida, baixo grau de convencimento sobre isso, se relaciona quando há dois grupos de provas, ocorrendo ausência de referência de convencimento acerca destes. Já o mísero é relativo à hipossuficiência à econômica e à informacional, existindo dificuldade no litígio processual (Martins, 2002).

Habermas (1997) pontua que, na conjugação dos artigos 1º e 3º, ambos em seus incisos III, da Constituição Federal de 1988, o que se pretende é alcançar a justiça social, recorrendo-se a subsídios interpretativos, como, por exemplo, a ponderação dos princípios e dos valores jurídicos. Por consequência, almeja-se construir a noção que deve permear a compreensão da cláusula *pró misero*.

No momento em que o autor faz as referências constitucionais, ele frisa que estará erradicada a pobreza e as desigualdades sociais e regionais ao se lograr êxito no alcance da dignidade da pessoa humana, o que se perfectibiliza com o emprego do princípio *pró misero*.

Ao se discutir dignidade da pessoa humana, refere-se a um princípio que é base do estado democrático de direito, diretamente acoplado com a seguridade social. Nessa lógica, Martinez (2015), ressalta que é necessário respeito pessoal ao ser humano, sem o qual não se poderá falar em dignidade do cidadão ou do protegido pela seguridade social.

Note-se que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), norte na interpretação dos textos normativos e base para o uso do princípio *pró misero*.

No que tange a citada dignidade, Sarlet (2011) entende ser essencialmente uma qualidade inerente à pessoa humana viva e configura-se como uma condição da própria humanidade da pessoa, sendo o verdadeiro direito a ter direitos. Trata-se, dessa maneira, do direito à vida, à saúde e à integridade física do ser humano, de fundamentalidade indiscutível.

A dignidade da pessoa humana é, como defende Silva (2009), um guarda-chuva – para ser albergadas diversas situações – capaz de solucionar os problemas constitucionais que envolvem o mínimo vital ao incorporar esferas de proteção absoluta do direito.

Em Soares (2010), a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como o fundamento último e a própria razão de existir de um direito justo, tendo em vista que o ser humano não pode ser coisificado, degradado ou aviltado, porque contém valor ético intrínseco. Ademais, não existe valor que supere o da dignidade da pessoa humana, não podendo este ser preterido (Souza, 2011).

Assim, o princípio *pró misero* advém da necessidade de se trazer dignidade humana a pessoa do segurado especial que está em situação de vulnerabilidade, principalmente, comparado aos outros tipos de trabalhadores. Nessa senda, o emprego do princípio *pró misero* no âmbito do Direito Previdenciário não é uma “tendência benévola” dos tribunais, mas de exigência legal, com a finalidade de os objetivos constitucionais serem atingidos, conforme se observa pela leitura do artigo 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42): “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

## **4 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PRÓ MISERO**

O princípio *pró misero* possui, na prática judicial, seu desenvolvimento mais fértil. Nessa perspectiva, ilustrar-se-á a sua incidência expondo dois julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INCIDENTE DE FALSIDADE. DOCUMENTO CONSIDERADO FALSO. POSTERIOR APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO DE CASAMENTO DA PARTE AUTORA. CÓPIA AUTENTICADA. SUA VALIDADE. ART. 5º DA LICC. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. SOLUÇÃO PRO MISERO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

1. O documento apontado como novo e que motivou a propositura da rescisória foi alvo de incidente de falsidade. Intimada a apresentar o documento original, sob pena de ser considerado falso, a autora deixou de fazê-lo. Ante a não exibição do documento original, é considerado falso o documento de fl. 90.

2. Não há por que desprezar a certidão de casamento posteriormente colacionada aos autos, que não teve sua veracidade inquinada. Apresentada cópia autenticada, sua validade deve ser reconhecida. Precedente desta Corte.

3. O fato de a certidão de casamento não ter sido apresentada no momento da propositura da ação não implica inovação quanto ao fundamento jurídico do pedido. Esta rescisória está fundada no art. 485, VII, do CPC, que trata da rescisão do julgado ante a apresentação de documento novo, como ocorreu, in casu. No pertinente às ações que objetivam a percepção de benefício previdenciário, deve-se facilitar o acesso dos hipossuficientes à Justiça. A propósito, o art. 5º da LICC.

4. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça “desconsiderar a juntada de tais documentos após a contestação, dos quais foi dada regular vista ao INSS, seria fazer tábula rasa ao já mencionado princípio do pro misero e das inúmeras dificuldades vividas por esses trabalhadores, as quais refletem na produção das provas apresentadas em juízo” (AR 1.368/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 29/4/08).

5. A orientação jurisprudencial da 3ª Seção deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que os documentos apresentados por ocasião da ação rescisória autorizam a rescisão do julgado, embora já existentes quando ajuizada a ação ordinária. A solução pro misero é adotada em razão das desiguais condições vivenciadas pelos trabalhadores rurais.

6. O benefício pleiteado não foi concedido pelo aresto rescindendo porque a prova dos autos foi considerada como exclusivamente testemunhal. Existindo início de prova material a corroborar os depoimentos testemunhais, não há como deixar de reconhecer o direito da parte autora à concessão do benefício, em razão de documento comprobatório de sua condição de trabalhadora rural. Precedentes do STJ.

7. Ação rescisória julgada procedente (Brasil, 2010).

No caso em testilha, o Tribunal da Cidadania entendeu a importância de rescindir a sentença proferida – a qual negou o direito ao trabalhador rural diante da apresentação de documento novo –, defendendo o acesso facilitado à justiça dos hipossuficientes (realidade do empregador rural) que enfrentam dificuldades. Aplicou-se, então, o princípio *pró misero*, que constata sua finalidade social.

O mesmo Tribunal, em decisão posterior, deixou de empregar o princípio *pró misero* por divergências na colheita de prova, demonstrando que referido princípio não deve ser aplicado de forma desmedida e descuidada:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO COMPLEMENTADO E AMPLIADO PELA PROVA TESTEMUNHAL. MATÉRIA DE FATO EXPRESSAMENTE EXAMINADA PELO ACÓRDÃO QUE DEU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS NOVOS APTOS A DAR AMPARO AO PEDIDO RESCISÓRIO. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. As razões articuladas na ação rescisória em exame não possuem o condão de elidir os fundamentos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmado pela decisão lançada no recurso especial que se pretende rescindir, uma vez que a fragilidade da prova de exercício de atividade rural pela autora, fato que determinou a

reforma da sentença, não foi efetivamente afastada pelos elementos de convicção apresentados.

2. Na espécie, o pleito rescisório está fundado em apontada existência de documento novo, na forma do art. 485, VII, do CPC, o que estaria consubstanciado em documento da Secretaria Municipal de Saúde de Buritama, referente a cadastro no Sistema de Informação da Atenção Básica, e certidão de nascimento do filho da autora, na qual o seu cônjuge é qualificado como lavrador. Contudo, além de o primeiro documento se referir a mero cadastro de saneamento na Secretaria de Saúde local, o segundo trata de certidão de nascimento de 1970, também não contemporânea ao período de atividade invocada, sendo certo que tais argumentos não se evidenciam suficientes para afastar a convicção probatória extraída pelo Tribunal a quo, confirmada em recurso especial, notadamente em razão da inconsistência e contradição da prova testemunhal.

3. Caracterizada a inexistência de início de prova material, complementada por prova testemunhal, que comprove o desempenho de atividade rural que ampare a concessão do benefício previdenciário buscado, não merece acolhida a pretensão da autora. Precedentes: AgRg no AREsp nº 187.291/MG, Ministro Humberto Martins, DJe 20/8/2012; AgRg no AREsp nº 95.333/GO, Ministro Gilson Dipp, DJe 14/8/2012; AR nº 3.029/SP, Ministro Jorge Mussi, DJe 30/8/2011.

4. No caso em exame, não é possível a aplicação da solução *pro misero*, critério utilizado em inúmeros precedentes desta Corte, uma vez que, mesmo considerada a limitação material e social que envolve o trabalhador rural, e ainda que mitigada a existência de início de prova material relativa ao indicado período de atividade rural, o acórdão que julgou procedente o recurso de apelação do INSS, confirmado pela decisão que negou provimento ao recurso especial da autora, é expresso ao constatar a fragilidade e contradição da prova testemunhal colhida em juízo.

5. Ação rescisória improcedente (Brasil, 2012).

Percebe-se, dessa forma, que, pelos julgados, o princípio ou solução *pro misero* não pode ser empregado genericamente ou de maneira abstrata, mas particularizada, sendo interpretado de acordo com a sua dimensão normativa.

E frente à questão normativa e aos direitos já positivados para os cidadãos, Bobbio (2004) diz que:

Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem... Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.

Portanto, a aplicação pontual e particularizada do princípio *pro misero* produz efeitos consistentes na promoção da dignidade humana à pessoa do

trabalhador rural, dada as condições em que sobrevive e em decorrência dos valores sociais da legislação, fruto de uma evolução histórica.

## CONCLUSÕES FINAIS

Com base nas considerações teóricas feitas no decorrer desta pesquisa, buscou-se observar, de início, o histórico legislativo dado ao trabalhador rural, assim como a legislação constitucional que o ampara. Examinou-se também o contexto laborativo e social em que está inserido o lavrador, dando atenção a questões relacionadas as suas condições de trabalho e de hipossuficiência.

Em momento posterior, debruçou-se sobre a conceituação e a aplicação dos princípios de modo responsável e normativo. Enfatizou-se, ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, o *pró misero* e a sua correlação com o Direito Previdenciário, particularmente com o rurícola, trazendo-se julgados.

Em face de toda essa abordagem, constata-se que o trabalhador rural se encontra agasalhado pela Constituição Federal (Brasil, 1988), com tratamento isonômico com relação aos demais trabalhadores, embora essa igualdade tenha demorado um pouco a chegar. Todavia, os direitos constitucionais a ele concedidos, revestidos de caráter social, ainda são de difícil exercício, pois são hipossuficientes financeiros e informacionais sem a documentação para se aposentar. Faz-se necessário, nessa conjuntura, um instrumento capaz de sopesar essas condições adversativas com vistas a atender o objetivo constitucional traçado, equilibrando a situação fática.

O princípio do *pró misero* surge exatamente para que, acima desse fosso – no qual de um lado está o trabalhador rural e, do outro, os direitos a ele conferidos –, seja construída uma ponte na qual possam transitar os segurados, conquistando os direitos já positivados. O julgador, quando aplica o direito, deve realizar a melhor interpretação.

Evidente que essa não é uma interpretação genérica, sem se ater ao caso em concreto, e muito menos criativa, utilizada para justificar decisões proferidas de caráter pessoal. Na verdade, trata-se de uma interpretação que melhor atenda à finalidade social da legislação, de maneira que o princípio *pró misero* não seja empregado por uma tendência ideológica, mas sim como um

direito concedido ao trabalhador rural, que, na prática, mostra-se difícil de se concretizar.

Como se buscou demonstrar, a justiça social e a dignidade da pessoa humana serão mais facilmente atingidas através da conduta responsável e da interpretação constitucional do princípio *pro misero*, sendo este o norte a ser seguido pelo julgador, em se tratando de causas envolvendo o rurícola.

Em conclusão, o referente artigo almejou o aprofundamento constitucional e fático sobre o trabalhador rural, dos princípios e da execução do princípio *pro misero*, longe de ser algo conclusivo, cujo intuito foi discutir e tentar promover uma ampliação acerca do assunto.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; ALCÂNTARA, Marcelino Alves de. **Manual de Direito Empresarial Previdenciário**. 1. ed. São Paulo: Lujur, 2023.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Rui Carlos Machado. Crítica da Interpretação e da aplicação da legislação previdenciária. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 6, n. 34, p. 19-58, 1981.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 403-465.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Themis - **Revista da ESMEC – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006.

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. **Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual**. Curitiba: Juruá, 2013.

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. **Segurado Especial: novas teses e discussões**. Curitiba: Juruá, 2020.

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; SCHUSTER, Diego Henrique. A Reforma Previdenciária e os Trabalhadores Rurais. **Juris Plenum Previdenciária**, Caxias do Sul, v. 5, n. 17, p. 33-48, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [(Constituição 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm). Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. **Lei complementar n. 11, de 25 de maio de 1971**. Institui o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp11.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp11.htm). Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação rescisória n. 1.298 - SP** (2000/0032576-7). Previdenciário. Processual civil. Ação rescisória. Incidente de falsidade. Documento considerado falso. Posterior apresentação da certidão de casamento da parte autora. Cópia autenticada. Sua validade. Art. 5º da licc. Trabalhador rural. aposentadoria por idade. solução pro misero. Início de prova material corroborado por prova testemunhal. Pedido julgado procedente. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 26 maio 2010. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10391868&num\\_registro=200000325767&data=20100628&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10391868&num_registro=200000325767&data=20100628&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação rescisória n. 3.871 - SP** (2007/0265673-4). Previdenciário. ação rescisória. Aposentadoria rural por idade. Início de prova material não complementado e ampliado pela prova testemunhal. Matéria de fato expressamente examinada pelo acórdão que deu

provimento à apelação do INSS. Inexistência de documentos novos aptos a dar amparo ao pedido rescisório. Ação rescisória improcedente. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 28 nov. 2012. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24628019&num\\_registro=200702656734&data=20130430&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24628019&num_registro=200702656734&data=20130430&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 03 jun. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CEREZA, Valber Cruz. **A importância da previdência para a proteção social dos(as) trabalhadores(as) rurais no Brasil**. [S. l.]: Editora Dialética, 2022.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Nota técnica**. Previdência rural e reforma: impactos da PEC 06/2019. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2019/notaTec209previdenciaAposentadoRural.html>. Acesso em: 03 jun. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FURIAN, Leonardo. O caráter contributivo da previdência social como um dever fundamental. **Revista da AGU**, [s. l.], v. 10, n. 30, p. 159-189, 2011. DOI: 10.25109/2525-328X.v.10.n.30.2011.140. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/140>. Acesso em: 01 jun. 2024.

GARCIA, Silvio Marques. **Aposentadoria por idade do trabalhador rural**. Franca: Lemos e Cruz, 2015.

GEROMES, Sérgio. **Passo a Passo do Cálculo do Benefício Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LUJUR, 2022.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Ferreira, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 1997, t. 1.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

RUBIN, Fernando. In dubio pro segurado: especialidade do processo previdenciário acidentário em relação ao civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3884, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26720/notas-especiais-a-respeito-do-processo-previdenciario-acidentario>. Acesso em: 03 jun. 2024.

RUBEN CARRIÓ, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1970.

SANCTIS JÚNIOR, Rubens José Kirk de. A concessão de benefício de prestação continuada assistencial ao estrangeiro e o reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 98, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Marcos Sampaio de. **O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1.

TIBALDI, Saul Durte; CORREIO; Dulcely Silva Franco. Proteção jurídica do meio ambiente do trabalho rural-sustentável. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 9, n. 1, p. 175-197, 2019.

TOLEDO, Eliziário Noé Boeira. Agricultores Familiares, um conceito de Resistência. *In*: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; FORTES, Simone

Barbisan (coord.). **Previdência do Trabalhador Rural em Debate**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 13-29.

Recebido em: 18/03/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11048



# CUIDADOS PALIATIVOS: ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA<sup>1</sup>

## PALLIATIVE CARE: ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVES OF THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH AND HUMAN DIGNITY

*Silvia Maria Correa  
Vieira*

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (Anhanguera Pelotas). Bacharel em Direito (UFPEL). Advogada.

[silviamariacv666@gmail.com](mailto:silviamariacv666@gmail.com)

<https://orcid.org/0009-0001-3478-6297>

*Guilherme Camargo  
Massaú*

Pós-Doutor (PUCRS); Doutor em Direito (UNISINOS); Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas (Universidade de Coimbra). Professor da Faculdade de Direito, do PPGD e do PPGCPol da UFPEL.

[uassam@gmail.com](mailto:uassam@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0001-5955-4292>

*Máira Vieira*

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Pós-graduanda em Prática Jurídica e Justiça Social pela Universidade Federal de Rio Grande (FURG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rio Grande (FURG).

[mairavieira941@gmail.com](mailto:mairavieira941@gmail.com)

<sup>1</sup>A presente pesquisa conta com o apoio da FAPERGS – Edital 07/2021 – PqG. Não há conflito de interesse.

**RESUMO:** No Brasil, o direito à saúde tem previsão constitucional e universal. No entanto, a saúde ainda é abordada com foco no tratamento da doença, desprestigiando outros aspectos da saúde, tais como prevenção e, em especial os cuidados paliativos. O presente artigo tem como tema os cuidados paliativos como importante instrumento para efetivação do direito à saúde, sob uma perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana. O objetivo geral é abordar sobre os cuidados paliativos e sua importância para a dignidade da pessoa humana. O estudo visa trazer a questão do direito à saúde, nas suas dimensões de direito humano, direito fundamental e direitos social, assegurado a todos os cidadãos, bem como um dever do Estado. Nesse cenário, abordar-se-á os cuidados paliativos como importante prática de saúde que dá luz à dignidade da pessoa humana. A metodologia empregada é qualitativa, utilizando-se revisão bibliográfica e análise de dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cuidados paliativos; Dignidade da pessoa humana; Direito Humano; Direito à saúde; Direito Social.

**ABSTRACT:** In Brazil, the right to health has a constitutional and universal provision. However, health is still approached with a focus on treating the disease, discrediting other aspects of health, such as prevention and, in particular, palliative care. This article focuses on palliative care as an important instrument for realizing the right to health, from a perspective of respect for the dignity of the human person. The general objective is to address palliative care and its importance for human dignity. The study aims to raise the issue of the right to health, in its dimensions of human rights, fundamental rights and social rights, guaranteed to all citizens, as well as a duty of the State. In this scenario, palliative care will be approached as an important health practice that highlights the dignity of the human person. The methodology used is qualitative, using bibliographic review and data analysis.

**KEYWORDS:** Health to Care; Human Dignity; Human Rights; Palliative Care; Social Rights.

**Como citar:** VIEIRA, Silvia Maria Correa; MASSAÚ, Guilherme Camargo; VIEIRA, Máira. Cuidados Paliativos: Análise Sob As Perspectivas do Direito Social à Saúde e da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 493-510, 2024.

## INTRODUÇÃO

A saúde é multifacetada ao abranger a vida do ser humano em diversos momentos e abordagens. Ao reconhecer essa característica, o legislador constituinte estabeleceu no *caput* do Art. 196 da CRFB a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Essas três dimensões distintas compõem o estado de saúde do ser humano. Porém, é preciso levar em consideração situações envolvendo manutenção da qualidade de vida do paciente, ou seja, já não se trata de promoção, proteção nem recuperação. Neste sentido, está-se diante de doenças progressivas e graves que ameaçam a continuidade da vida pessoa.

Destarte, o objetivo do texto é trazer a dimensão dos cuidados paliativos como dimensão do direito à saúde e, por conseguinte, prestação essencial à concretização da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CRFB). Destaca-se que a Lei n. 8080/90 - dispõe sobre a organização e funcionamento dos serviços de saúde - não prevê nos seus princípios e diretrizes a assistência articulada e contínua das ações e serviços *preventivos e curativos* (Art. 7º, II). Não há menção à manutenção ou a cuidado paliativo. Contudo, a sociedade está em constante modificação na ordem cultural, econômica, social, política, dentre outros aspectos, de modo que o tema saúde apresenta inovações nos mais diversos campos da ciência (medicina, psicologia, direito etc.). Nessa perspectiva, a proteção das pessoas deve ser ampliada para abranger essas mudanças, em especial o atinente ao direito social da saúde.

Por conseguinte, o conceito de saúde ao longo do tempo amplia-se, de modo que, atualmente, invoca-se a concepção de cuidados paliativos como extensão não só de um direito humano, fundamental e social, mas também como ação concretizadora e propulsora da dignidade da pessoa humana. Assim, é fundamental a reflexão sobre os cuidados paliativos como extensão do direito à saúde e sobretudo como respeito à dignidade da pessoa humana, princípio base da CRFB/88. Trata-se de (re)conhecer mais uma dimensão da saúde que emerge como direito devido aos avanços da medicina e da compreensão humano do que é significa a vida, principalmente a vida digna. Desta feita, para desenvolver a análise do acesso à saúde na forma de

cuidados paliativos e a dignidade da pessoa humana percorrer-se-á o seguinte itinerário: primeiro se delimitará o direito à saúde e suas dimensões, após se situará os cuidados paliativos no contexto do direito à saúde como direito humano e fundamental. Por fim, delimitar-se-á a prestação de cuidados paliativos como dimensão concreta do mínimo exigido para a concretização da dignidade da pessoa humana.

## 1 O DIREITO À SAÚDE E SUAS DIMENSÕES

A saúde é direito humano assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, no artigo XXV, o qual declara que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Logo, o direito à saúde é indissociável do direito à vida e de demais direitos fundamentais (Dallari; Maggio, 2017, p. 63), que por sua vez está fundamentado na dignidade da pessoa humana. A importância da DUDH evidencia-se nos mais de 500 idiomas nos quais ela foi traduzida, servindo de inspiração muitos ordenamentos e constituições recentes de Estados (Nações Unidas Brasil, 2020)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> As expressões Nações Unidas e/ou Direitos Humanos encontram-se em 114 de 198 textos constitucionais. As constituições são as seguintes: *Afghanistan* 2004 (Art. 7, Art. 58); *Albania* 1998 (Art. 17, 2, Art. 121, b); *Angola* 2010 ( Art. 12, 1, Art. 26, 2, Art. 71, 1); *Algeria* 1989 (Art. 31, Art. 198, Art. 199); *Andorra* 1993 (Art. 5); *Argentina* 1853 (Art. 75, 22, 23, 24); *Armenia* 1995 (Art. 61, 2, Art. 81, 1); *Austria* 1920 (Art. 148h, 3); *Azerbaijan* 1995 (Art. 71, Art. 95, I, 6, Art. 109, 14); *Bangladesh* 1972 (25); *Benin* 1990 (Preamble, Art. 7, Art. 40); *Bolivia* 2009 (Art. 13, IV, Art. 14, III); *Bosnia and Herzegovina* 1995 (Preamble, Art. I, 1, Art. II, 1, 2, Annex I); *Brazil* 1988 (Art. 5º, §3º, Art. 4º, II); *Burkina Faso* 1991 (Preamble); *Burundi* 2005 (Preamble, Art. 19, Art. 274); *Cambodia* 1993 (Art. 31, Art. 48); *Cameroon* 1972 (Preamble); *Cape Verde* 1980 (Art. 16, 3); *Central African Republic* 2016 (Preamble); *Colombia* 1991 (Art. 93, Art. 214, 2); *Comoros* 2001 (Preamble); *Congo [Democratic Republic]* 2005 (Preamble, Art. 45); *Congo* 2015 (Preamble, Art. 214, Art. 215, Art. 216); *Côte D'Ivoire* 2016 (Preamble, Art. 113); *Croatia* 1991 (Preamble, Art. 93); *Cuba* 2019 (Art. 16, c); *Djibouti* 1992 (Preamble); *Dominican Republic* 2015 (Art. 26, 3); *Ecuador* 2008 (Art. 11, 3, 7, Art. 57, Art. 93, Art. 156, Art. 157, Art. 384, Art. 416, 7, Art. 424, Art. 436, 5); *Egypt* 2014 (Preamble, Art. 99, Art. 214); *Equatorial Guinea* 1991 (Preamble); *Ethiopia* 1994 (Art. 10, Art. 13, 2, Art. 55, 14); *Fiji* 2013 (Preamble, 45, 115, 7); *Finland* 1999 (Section 1); *France* 1958 (Title XVII); *Gabon* 1991 (Preamble); *Germany* 1949 (Art. 16a, 2, 5) *Ghana* 1992 (40d, i, 70, 1, a, 71, c, 216); *Guatemala* 1985 (Art. 46, Art. 273, Art. 274, Art. 275); *Guinea* 2010 (Preamble, Art. 25, Art. 80, Art. 94, Art. 96, Art. 100, Art. 146); *Guinea-Bissau* 1984 (Art. 29, 2); *Guyana* 1980 (39, 2, 154A, 4, 5, 212G, a, 212H, 212J, 212N, 212O); *Haiti* 1987 (Preamble, Art. 19); *Honduras* 1982 (Art. 59); *Iraq* 2005 (Art. 102); *Kazakhstan* 1995 (Art. 12, 1, 2, 5); *Kenya* 2010 (59, 248, 2, a); *Korea (Republic of)* 1948 (Art. 10); *Kosovo* 2008 (Art. 17, 2, Art. 18, 2, Art. 21, 1, 2, 3,

Nas constituições anteriores a de 1988, a saúde era um privilégio para poucos, pois, *e.g.*, na época do regime militar, o sistema de saúde cindia-se entre a medicina previdenciária e a saúde pública. A primeira abrangia a saúde individual dos trabalhadores formais prioritariamente da zona urbana. A saúde pública – a cargo do Ministério da Saúde – estava direcionada, principalmente, à zona rural e ao setor mais pobre da população, no entanto, as principais ações estavam direcionadas ao caráter preventivo. Os governos militares incentivaram o setor privado, ampliando a compra de serviços pela previdência. Trata-se de uma política de privatização de serviços estatais. Destaca-se a expansão da cobertura da assistência médica previdenciária às camadas mais pobres nos anos de 1967, 1971 e 1972, como acidentes do trabalho, trabalhadores rurais e empregadas domésticas (Paiva; Teixeira, 2014).

O exemplo acima destaca a restrição ao acesso à saúde da população em geral. O direito à saúde foi também uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, cuja relevância foi destacada já nos primeiros artigos da Constituição. Assim, a CRFB consagra a saúde como um dos direitos sociais

---

Art. 22, Art. 53); *Kyrgyzstan* 2010 (Art. 16, 1, Art. 20, Art. 40, 1, Art. 41, 2); *Latvia* 1922 (Art. 91); *Lebanon* 1926 (Preamble B); *Lesotho* 1993 (Chapter XIA); *Libya* 2011 (Art. 30, 2); *Macedonia* 1991 (Art. 10); *Madagascar* 2010 (Preamble); *Malawi* 1994 (Chapter XI, 170, 2); *Maldives* 2008 (Part. 4); *Mali* 1992 (Preamble); *Malta* 1964 (1, 3, b, i); *Mauritania* 1991 (Preamble); *Mexico* 1817 (Preamble, Art. 15, Art. 102, B, Art. 105, II, g, h, i); *Micronesia* 1978 (Art. XVI, 1); *Moldova* 1994 (Art. 4, 1); *Mongolia* 1992 (Art. 19, 1, 2); *Montenegro* 2007 (Art. 81, Art. 147, 3, Appendix, Art. 5); *Morocco* 2011 (Preamble, Art. 7, Art. 19, Art. 23, Art. 92, Art. 161, Art. 164, Art. 171); *Mozambique* 2004 (Art. 43); *Namibia* 1990 (Art. 146, 2, d); *Nepal* 2015 (51, b, 2, m, 1, 248, 249); *New Zealand* 1993 (Human Rights Act 1993); *Nicaragua* 1987 (Art. 46, Art. 93); *Niger* 2010 (Preamble, Art. 44); *Norway* 1814 (Art. 92); *Palestine* 2003 (Art. 10, Art. 31); *Panama* 1972 (Art. 129); *Papua New Guinea* 1975 (39, 3, b, c, d, e, 279, b); *Paraguay* 1992 (Art. 144, Art. 145); *Peru* 1993 (Fourth, Declaration the Democratic Constitution Congress); *Philippines* 1987 (Art. XII, sec 17, sec 18); *Portugal* 1976 (Art. 16, 2); *Romania* 1991 (Art. 20); *Russian* 1993 (Art. 17, Art. 18, Art. 85, 2); *Rwanda* 2003 (Art. 139, 1, a, 3, c); *Sao Tome and Principe* 1975 (Art. 12, 2, Art. 18, 1); *Senegal* 2001 (Preamble); *Serbia* 2006 (Art. 20); *Seychelles* 1993 (49); *Slovakia* 1992 (Art. 86, d, Art. 134, 4); *Slovenia* 1991 (II Human Rights and Fundamental freedoms, Art. 47, Art. 68); *Somalia* 2012 (Art. 3, 4, Art. 41, Art. 111B); *South Africa* 1996 (181, 1, b, 2, 3, 4, 5, 184, 185, 3, 193, 1, 2, 4, a, 5, 194, 1, 2, b, 3); *South Sudan* 2011 (9, 4, 43, a, Chapter IV, 169, 4); *Spain* 1978 (Section 10, 2); *Sri Lanka* 1978 (41, B, schedule, e, 170, m); *Swaziland* 2005 (163, 163, 165, 166, 167, 236, d, 2); *Sweden* 1974 (Chapter 2, Art. 19); *Switzerland* 1999 (Art. 197, 1, 11); *Tanzania* 1977 (Chapter 6); *Thailand* 2017 (Part 6); *Timor-Leste* 2002 (Preamble, Art. 23); *Togo* 1992 (Preamble, Art. 50, Art. 138, Title XV); *Tunisia* 2014 (Art. 82, Art. 125, Art. 128); *Turkmenistan* 2008 (Art. 2); *Tuvalu* 1986 (15, 5, c); *Uganda* 1995 (51); *Ukraine* 1996 (Art. 22, Art. 55); *United Arab Emirates* 1971 (Preamble, Art. 12); *United Kingdom* 1215 (Human Rights Act 1998; Northern Ireland Act 1998, 13, 4, b, Scotland Act 1998, 100, 126, Subheading 3); *Venezuela* 1999 (Art. 280; Art. 339); *Viet Nam* 1992 (70, 14); *Yemen* 1991 (Art. 6); *Zimbabwe* 2013 (232, b, 237, 242, 243, 244). A pesquisa foi realizada no site [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org). Mantive-se o idioma oficial do site pesquisado.

(Art. 6º, *caput*, CRFB) como um dos direitos sociais, conjuntamente com a educação, a moradia, a alimentação, o trabalho, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A importância desse direito fundamental ganha profundidade no Art. 196 da CRFB, quando declara que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve se valer de políticas públicas, sociais e econômicas com objetivo de promover, proteger e recuperar as pessoas de doenças. Para concretizar o direito à saúde, o foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), através da Lei nº 8.080/90, atribuindo a esse sistema as atividades de coordenação e de execução das políticas para proteção e promoção da saúde brasileira, conforme previsão constitucional (Art. 198 a Art. 200).

No entanto, o direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas. Embora o acesso a serviços tenha relevância, como direito fundamental, o direito à saúde implica garantir ampla qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, alimentação, lazer, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

A criação do SUS está diretamente relacionada à responsabilização por parte do Estado. A proposta do SUS ultrapassa a simples disponibilização de serviço de saúde por postos de saúde e hospitais para que as pessoas possam acessar quando precisem. Wailla salienta que o SUS abarca uma rede de ações e de serviços com a finalidade de melhor qualidade de vida, eis que para além da importante assistência médica, atua também na vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador, na assistência farmacêutica, no crescimento do desenvolvimento científico e tecnológico para a saúde dentre outros (Wailla, 2018, p. 49).

O direito à saúde, tal como os demais direitos sociais, concretiza-se por intermédio de efetivação de direitos e aplicação de políticas públicas baseadas em ações estatais a objetivar a concretização das prestações de caráter social e afirmação dos princípios da dignidade da pessoa humana (Sturza, 2017, p. 74), pelo fato de o texto constitucional universalizar o acesso à saúde de forma integral e gratuito (Werner, 2008, p. 97).

Contudo, o direito à saúde possui uma concepção e interpretação flexíveis, que deve levar em consideração a dinâmica política, econômica e social (Werner, 2008, p. 95). Por isto, é fundamental superar o aspecto existente até então, que prioriza o tratamento da doença em detrimento do paciente. Nesse aspecto, dentro da temática saúde muito se tem debatido sobre cuidados paliativos cujo foco não é a doença e sim o paciente. Essa abordagem da saúde visa assegurar a mais ampla qualidade de vida aos pacientes. Nessa perspectiva, traz-se um olhar humanizado da medicina em que o protagonista é a pessoa do paciente e não a doença do paciente. Reside aí a característica dos Cuidados Paliativos como extensão do direito à saúde marcado fortemente pela dignidade da pessoa humana.

## **2 CUIDADOS PALIATIVOS COMO EXTENSÃO DO DIREITO HUMANO, FUNDAMENTAL E SOCIAL**

Os cuidados paliativos visam amenizar a dor e o sofrimento nas dimensões física, psicológica, social ou espiritual da pessoa enferma<sup>3</sup>. Por isto, os cuidados paliativos precisam ser uma abordagem multidisciplinar a fim de proporcionar qualidade de vida a pessoas que enfrentam doenças graves, progressivas, crônicas ou terminais. Desta forma, eles devem ser ofertados por equipe multidisciplinar que envolva médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais dentre outros profissionais. Há que se focar no controle dos sintomas e da dor, no estado emocional e espiritual e no acompanhamento integral do paciente e de seus familiares. Nota-se que o objetivo é promover a dignidade do paciente e dos familiares independentemente da cura da doença (Robles-Lessa; Baruffi, 2022, p. 37). Dessa maneira, o cuidado adequado ao paciente é o que proporciona dignidade a esse na finitude da vida, respeito à sua autonomia e a garantia de cuidados contínuos, sem abandono, com respeito à identidade pessoal e sem sofrimento ao paciente (Pessini; Bertachini, 2004, p. 27).

---

<sup>3</sup> “Proteger. Esse é o significado de paliar, derivado do latim *pallium*, termo que nomeia o manto que os cavaleiros usavam para se proteger das tempestades pelos caminhos que percorriam. Proteger alguém é uma forma de cuidado, tendo como objetivo amenizar a dor e o sofrimento, sejam eles de origem física, psicológica, social ou espiritual. Por esse motivo, quando ouvir que você ou alguém que conhece é elegível a cuidados paliativos, não há o que temer” (ANCP, [s.d.]).

Ademais:

Em 1990, a OMS definiu pela primeira vez para 90 países e em 15 idiomas o conceito e os princípios de cuidados paliativos, reconhecendo-os e recomendando-os. Tal definição foi inicialmente voltada para os portadores de câncer, preconizando-os na assistência integral a esses pacientes, visando os cuidados de final de vida. Junto com a prevenção, diagnóstico e tratamento, os cuidados paliativos passam a ser considerados um dos pilares básicos da assistência ao paciente oncológico (OMS, 2007).

Em 2002, o conceito foi revisto e ampliado, incluindo a assistência a outras doenças como aids, doenças cardíacas e renais, doenças degenerativas e doenças neurológicas. Em 2004, um novo documento publicado pela OMS, *The solid facts - Palliative Care*, reitera a necessidade de incluir os cuidados paliativos como parte da assistência completa à saúde, no tratamento a todas as doenças crônicas, inclusive em programas de atenção aos idosos. O conceito atual da OMS amplia o horizonte de ação dos cuidados paliativos, podendo ser adaptado às realidades locais, aos recursos disponíveis e ao perfil epidemiológico dos grupos a serem atendidos:

Cuidados Paliativos são uma abordagem para melhoria da qualidade de vida de pacientes e familiares que enfrentem uma doença ameaçadora da vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento, através da identificação precoce e impecável avaliação e tratamento da dor e outros problemas, físicos, psicossociais e espirituais (OMS, 2007, p. 3).

Segundo Mainart, Vasconcelos e Bussinger (2022, p. 14), os cuidados paliativos devem ser considerados direitos humanos por entenderem que são expressão do Art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e do Art. 5º do Pacto San José da Costa Rica, que conjugados exigem do Estado parte medidas que assegurem o mais elevado nível possível de saúde física e mental a partir da criação de condições asseguradoras de assistência e serviços médicos em caso de enfermidade, tendo a pessoa o direito a sua integridade física, psíquica e moral.

O direito à saúde se expandiu e se tornou fundamental com a CRFB ainda é necessário situar o acesso aos cuidados paliativos no contexto ao direito à saúde e de inexorável conexão com a dignidade da pessoa humana. Saliente-se que o SUS apresenta como campos de atuação, ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, no entanto não traz expressamente a manutenção do bem-estar da pessoa com doença crônica ou incurável. Contudo, o parágrafo único, do Art. 6º da Lei n. 8.080/90 inclui ações que se destinam às condições de bem-estar físico, mental e social. Destarte, a pessoa em cuidado paliativo deve-se vincular aos serviços do SUS

pela relação entre doença e as condições de bem-estar físico, mental e social. Segundo Robles-Lessa e Dadalto (2021): “O direito à vida é imanente ao ser humano e, a garantia à saúde está intrinsecamente relacionada ao direito de viver com qualidade”.

A prática dos cuidados paliativos é recente no Brasil. Em princípio os cuidados paliativos eram mais voltados ao tratamento oncológico e ao Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV). Após, o Ministério da Saúde publicou uma resolução n. 41, de 31 de outubro de 2018, que normatiza a oferta de cuidados paliativos como parte dos cuidados continuados integrados no âmbito do SUS.

Trata-se de cuidados destinados a toda pessoa afetada por uma doença que ameace a vida, seja aguda ou crônica. Os cuidados paliativos são tomados a partir do diagnóstico de uma enfermidade, visando a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares. O SUS já oferece Cuidados Paliativos, no entanto, não havia nenhuma normativa definida para reconhecimento e organização da oferta de cuidados paliativos. A partir da publicação dessa resolução será possível definir diretrizes de cuidado e aprimorar a oferta do cuidado. No SUS, entende-se que os cuidados paliativos devam ser oferecidos o mais cedo possível, juntamente com o início do tratamento da doença. Estes englobam a promoção do alívio da dor (com uso de analgésicos) e de outros sintomas físicos, do sofrimento psicossocial com apoio psicológico, incluindo o cuidado apropriado para familiares e cuidadores a lidar com a doença do paciente e o luto.

Segundo o panorama dos cuidados paliativos no Brasil divulgado pela Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP) em outubro de 2018:

Foram contabilizados durante o levantamento 177 serviços de Cuidados Paliativos atuantes no país. Considerando-se que o país apresenta mais de 5 mil hospitais, sendo pelo menos 2.500 com mais de 50 leitos, observa-se que menos de 10% dos hospitais brasileiros disponibilizam uma Equipe de CP. Para efeito de comparação, levantamento de 2016 feito pelo Center for Advanced Palliative Care (CAPC) sobre o número de equipes de CP nos EUA, encontrou mais de 1800 equipes atuando, cobrindo mais de 75% dos hospitais norte-americanos com mais de 50 leitos.

A análise deste mapeamento também evidencia que mais de 50% dos serviços de CP do país iniciaram suas atividades na década de 2010, mostrando que serviços de Cuidados Paliativos ainda são recentes em nosso país. Outro item que merece atenção é a desigualdade de disponibilidade do atendimento, com mais de 50% dos serviços concentrados na região sudeste, e apenas 13 equipes (menos de 10% do total das equipes) em toda a região norte-nordeste. E embora saibasse que a atenção primária possa ser a estratégia de menor custo e maior impacto na saúde de uma população, o mapa mostra que, assim como o restante, também a oferta de cuidado paliativo no país está

centrada em hospitais. Os dados mostram ainda que a disponibilidade de hospitais e CP em pediatria são áreas ainda mais críticas em termos de acesso a CP no país.

A oferta de Cuidados Paliativos no Brasil é recente e ainda incipiente no se pode projetar em termos de população brasileira. Também, salienta-se que os cuidados paliativos não devem se resumir a cuidados ofertados em hospitais, pelo contrário, devem ser estruturadas unidades para atender a população que, ainda, não necessita de internação hospitalar, que a última etapa no concernente aos cuidados paliativos, já que a vida digna ocorre em sua maior dimensão em interação social.

Por conseguinte, o cuidado paliativo é uma extensão do direito à saúde. É, portanto, um direito fundamental e social, que proporciona o atingimento da dignidade humana.

### **3 DOS CUIDADOS PALIATIVOS COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Contemporaneamente, o envelhecimento da população é crescente, conforme últimos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2023)<sup>4</sup> ilustrado no gráfico abaixo (Figura 1), de modo que os sistemas de saúde são demandados para atender maior demanda e diversidade de doenças crônicas.

---

<sup>4</sup> “A pirâmide mostra que o envelhecimento da população brasileira aumentou entre 2012 e 2022. Esta mudança pode ser observada pela menor porcentagem encontrada em 2022 nos grupos etários mais jovens (base da pirâmide), ao mesmo tempo em que houve aumento nas porcentagens dos grupos de idade que ficam no topo da pirâmide. Durante esse período, houve redução dos percentuais de homens e mulheres em todas as faixas etárias até 34 anos. Por outro lado, houve crescimento em todas as demais faixas etárias acima de 34 anos, para homens e mulheres. A mortalidade dos homens é a maior que a das mulheres em cada grupo etário. Por isso, observando a pirâmide, é possível verificar uma maior concentração de mulheres entre a população idosa. Nos grupos de idade a partir dos 60 anos, o número de mulheres supera bastante a de homens, tendo uma proporção aproximada de 78,8 homens para cada 100 mulheres” (IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pirâmide Etária**. Brasília: IBGE, 2022. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18318-piramide-etaria.html>. Acesso em: 29 ago. 2023.)

**Figura 1:** População residente, segundo o sexo e os grupos de idade (%)


Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012/2022.

Embora os recursos tecnológicos e descobertas proporcionam novas possibilidades na condução do tratamento médico e, com isto, o prolongamento da vida com qualidade ou não (Callegari, 2022, p. 41). O fato é que os avanços científicos devem além de prolongar a vida devem ofertar meios de dignidade a ela. Por isso, o comportamento social altera-se na perspectiva de subsidiar a dignidade por meio de cuidados paliativos.

O evento morte é parte incontornável e o processo natural da vida. Cabe promover o alívio do sofrimento. Não se trata de acelerar ou prolongar o processo da morte, mas de promover por meio dos cuidados médicos, psicossociais e espirituais a vida digna do paciente a fim de auxiliá-lo a viver da forma mais leve e ativa possível até sua morte. Há que auxiliar elemento essencial neste processo, a família deve ser assistida no lidar com a doença e com o luto. O objetivo é a qualidade de vida, a qual influencia decisivamente no curso da doença. Desta forma, conjuntamente com as terapias, os cuidados paliativos devem ser aplicados precocemente (Coradazzi; Santana; Caponero, 2019).

Desse modo, os cuidados paliativos são atualmente a abordagem que oferece dignidade ao paciente ao final de vida, uma vez que visa proporcionar ao paciente uma melhor qualidade de vida, ao invés de submetê-lo a dor, ao

sofrimento por uma incessante busca pela sobrevida, a qual não traz um benefício real. Isso sem contar que eles apresentam como beneficiários um amplo espectro de sujeitos: crianças, jovens, adultos e idosos (Robles-Lessa; Baruffi, 2022, p. 23). Por exemplo, uma criança com paralisia cerebral será assistida por um neurologista, mas os cuidados paliativos podem amenizar os problemas que surgem com a menor mobilidade e também para aliviar a carga emocional e psicológica que possa pesar nos ombros dos pais (ANCAP). Isso se deve ao fato de que o acesso à saúde se dá de forma igualitária, ou seja, “deve dar-se sem qualquer tipo de privilégio ou preconceito entre os seus destinatários, de modo que, quem quer que seja o paciente, seus atributos físicos, intelectuais, sua condição social, suas influências e relações” (Wailla, 2018, p. 50).

Quando a CRFB de 1988 estabeleceu como princípio fundamental da República a dignidade da pessoa humana, tratou de transparecer a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa por meio de um sistema jurídico-positivo. Logo, o Estado deve garantir à pessoa humana recursos, capazes de garantir-lhes direitos essenciais como a saúde (Callegari, 2022, p. 42). Nesse aspecto, bem destacado por Wailla (2018, p. 71) ao dizer que a saúde é direito de todos a ser assegurada pelo Estado por meio tanto da elaboração de políticas públicas como da destinação de recursos específicos.

O direito social à saúde tem por base a dignidade da pessoa humana e o Estado Social de Direito, pois os direitos à vida, de liberdade e de igualdade estão relacionados às exigências da dignidade da pessoa humana (Sarlet, 2012, p. 73), logo, os direitos sociais estão intimamente conectados com os demais direitos fundamentais, especificamente a saúde. Sem saúde ou qualidade de vida, não se exerce com qualidade os demais direitos fundamentais.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta as seguintes características: 1) possui um mandamento de otimização, impondo a realização de algo na máxima medida, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas; 2) para ser concretizado requer densificação do legislador ordinário, do executor e/ou do julgador; 3) possui abertura suficiente para a realização do direito a partir da interpretação conforme a *ratio* de inclusão de possibilidades *tanto...quanto* (Häberle, 1980, p. 8-9); 4) a dignidade da pessoa

humana orienta os princípios estruturantes do Estado (Massaú, 2018, p. 45-50).

Robles-Lessa e Dadalto (2021, p. 2), salientam que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana está expressamente presente na CRFB de modo que dá origem a “uma tríade, na qual a vida, saúde e dignidade estão inter-relacionadas e se complementam, não sendo possível ao ser humano realizar uma vida plena se por algum momento lhe faltar saúde ou dignidade”.

E Robles-Lessa e Baruffi (2022, p. 29) destacam que:

Ao tratar da dignidade da pessoa humana há que se inserir nesse contexto o direito a uma morte digna e, conseqüentemente os cuidados devem ser dispensados aos pacientes em estado terminal. O cuidado com a saúde inicia-se com o nascimento, mas ao contrário do que muitos pensam, não termina com a morte, visto que o sofrimento físico e emocional dos entes que acabaram de perder uma pessoa querida, precisa e deve ser levado em consideração. O conjunto de ações que visam cuidar de pacientes e familiares, com uma ideologia humanitária, buscando aliviar a dor e sofrimento dos que passam por um momento delicado de ausência de saúde é denominado de Cuidados Paliativos.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e, também, de prestação por parte do Estado e dos indivíduos com objetivo de efetivar e proteger a dignidade da pessoa humana. Tem-se que a função da dignidade é estabelecer limites e tarefas sintonizadas com as medidas do Estado organizacional e procedimental na dimensão subjetiva e o reconhecimento e garantia de direitos de caráter fundamental defensivos e prestacionais (Sarlet, 2015, p. 90, 93).

A dignidade da pessoa humana é limite e tarefa do Estado e da comunidade geral. Esta condição dúplice aponta para as dimensões defensiva e prestacional em prol da dignidade. A dignidade impede que a pessoa seja reduzida à condição de objeto da própria ação ou de outrem, gerando direitos fundamentais (negativos) contra atos violadores ou à grave ameaça. O princípio da dignidade da pessoa humana acarreta deveres de tutela por parte do Estado a fim de proteger a dignidade e assegurar o seu devido respeito e sua promoção (Sarlet, 2007, p. 378).

Desse modo, pode-se inferir que a integridade física e moral do *ser humano* estão inseridas na compreensão de dignidade da pessoa humana, já

que as condições mínimas para a existência digna compreendem o bem-estar, a limitação do poder, a liberdade, a igualdade (em direitos e dignidade). Por isto, faz-se imperial assegurar direitos fundamentais, pois onde não os asseguram minimamente, não há espaço para a dignidade da pessoa humana, podendo a pessoa ser tratada como mero objeto (Sarlet, 2007, p. 380-381).

Nessa linha de raciocínio, a inclusão dos cuidados paliativos no SUS nada mais é que uma política pública que amplia o direito à saúde do cidadão, tornando-se uma medida alternativa para burlar a dor e o sofrimento do paciente. Essa modalidade de procedimento prioriza a vida e considera a morte processo normal, sem pretensão de postergá-la e sequer antecipá-la. A previsão dos cuidados paliativos no SUS é uma forma de aplicação do princípio da dignidade humana, uma vez que nos cuidados são agregadas dimensões espirituais, psicológicas, recreativas e tantas outras, a fim de que o paciente viva mais ativamente até a morte. Por outro lado, os cuidados paliativos proporcionam dignidade aos familiares, já que auxiliam esses a compreender a doença e o luto. Nesse viés, os cuidados paliativos estão imbricados com a noção de humanização da medicina, em que curar não é mais objetivo, em face da irreversibilidade do diagnóstico, mas sim cuidar do paciente e da família para que seja restaurada a dignidade (Wailla, 2018, p. 121).

De outra banda, os cuidados paliativos não podem ser confundidos com omissão e abandono terapêutico. Eles são procedimentos oferecidos conjuntamente com o tratamento protocolar de qualquer doença que ameace a vida. Portanto, procedimento permitido por meio da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, contudo ainda assim apresentam certa resistência pela sociedade civil por questões religiosas e culturais.

É salutar que se diga que os cuidados paliativos devem sempre respeitar primeiro a vontade da pessoa ou do representante legal, conforme artigo 1º. Da Resolução 1.805/2006 do CFM.

O *ser humano* é um fim em si mesmo, sua funcionalização a projetos alheios fere a sua essência. O *ser humano* possui um valor absoluto, o que caracteriza a dignidade (Barroso, 2010). Segundo Sarlet (2015, p. 128-129), o vínculo entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, embora considere objeto de acirrada polemização quanto às consequências e ao modo

como, resolve-se pela fórmula dignidade e vida (e não dignidade ou vida). Admitir a hipótese de uma hierarquia entre vida e dignidade seria incompatível com soluções mais flexíveis. Com isso, o autor não está reconhecendo absoluta fungibilidade entre os conceitos, os quais permanecem autônomos, bem como tendo um âmbito de proteção próprio.

Portanto, a proteção da saúde é também proteção da vida, logo, o direito à vida não é apenas a ausência de morte. É, também, a possibilidade de viver uma vida boa e saudável. O Estado deve garantir esse direito, garantindo acesso a cuidados de saúde, não importando o estado da pessoa, se saudável ou se enferma. Os direitos sociais prestacionais protegem a pessoa contra as necessidades de ordem material objetivando a assegurar uma existência digna no sentido de uma vida saudável e de bem-estar condizente à concepção de dignidade, designada uma vida com qualidade e boa (Sarlet, 2015, p. 136-137).

Ademias, a desmistificação e a adoção dos cuidados paliativos no SUS visam também equacionar um problema sanitário brasileiro, conforme aponta o Portal do Envelhecimento (2023):

No Brasil, um grande contingente de pessoas com elevada carga de sofrimento relacionado a doenças, sem atendimento adequado, recorre à Rede de Urgência para ter acesso a medicamentos para controle de dor e outros sintomas.

Oportunidades de planejamento antecipado de cuidados e construção de redes de apoio são perdidos, e as crises agudas precipitam internações não planejadas em hospitais. Em muitos casos, apela-se ao setor judiciário em busca de atendimento que responda às suas necessidades. A dificuldade de acesso aos Cuidados Paliativos e a falta de conhecimento profissional adicionam barreiras de sustentabilidade ao sistema de saúde, o que impacta negativamente na consolidação do SUS.

Reconhece-se os Cuidados Paliativos como extensão do direito à saúde, por conseguinte, encaixam-se, assim, como dimensão de direito fundamental e de direito humano. Neste sentido, como se trata de saúde, de vida e de bem-estar também se está no âmbito da dignidade da pessoa humana. Há que se estruturar e potencializar o que já existe de prestações e de ações que envolvam os cuidados paliativos. Não se pode ignorar ou excluir pessoas com doenças degenerativas ou terminais do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana. É por meio de políticas públicas e dos direitos já

consolidados que os cuidados paliativos devem ser promovidos e efetivados. Contudo, esta análise do objeto do presente texto.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A saúde é direito fundamental constitucionalmente expresso e com eficácia imediata. Nesse contexto, a CRFB de 1988 estabeleceu as linhas fundamentais da eficácia do direito à saúde, impondo ao legislado infraconstitucional a necessidade de criar um sistema de saúde. Com a criação do SUS foi viabilizado o acesso universal dos cidadãos às ações e aos serviços de saúde, a integralidade da assistência com igualdade, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie e com ampla participação social, capaz de responder pela promoção, prevenção, proteção e recuperação da saúde, conforme as necessidades das pessoas.

Sendo assim, esse direito deve ser interpretado e concretizado em sua amplitude. Para tanto, é necessário considerar os mais diferentes níveis de atenção, tais como a promoção, a prevenção, o tratamento, a recuperação, a reabilitação e, agora, em especial os Cuidados Paliativos. Assim, entenda-se estes cuidados como aqueles exercidos antes da última internação hospitalar – já no final da vida –, ou seja, são os cuidados multidisciplinar exercidos em ambientes externos ao hospitalar e coordenados pela vontade do paciente. Logo, independentemente do nível de atenção que um paciente possa exigir, ele deve estar assegurado pelo SUS.

Desse modo, como extensão do direito à saúde, surgem os Cuidados Paliativos, que visam amenizar a dor e sofrimento nas dimensões físico-biológicas, psíquica, social e espiritual como forma de restabelecer a dignidade do ser humano. Ainda, tais cuidados também envolvem as pessoas diretamente vinculadas com o paciente, pois estas sofrem os efeitos econômicos, psíquicos e sociais da doença.

Por conseguinte, os cuidados Paliativos estão diretamente ligados à promoção da saúde, à qualidade de vida e, por isso, à dignidade da pessoa humana. Assim, diante da sua relevância, faz-se necessárias políticas públicas que, simultaneamente, fomentem e concretizem esse tipo de

assistência, a fim de que ocorra um real e efetivo acesso à saúde e consequentemente a garantia de uma vida e morte dignas.

## REFERÊNCIAS

ANCP. **ANCP Divulga Panorama dos Cuidados Paliativos no Brasil.**

Academia Nacional de Cuidados Paliativos, [s.d.]. Disponível em:

<https://paliativo.org.br/ancp-divulga-panorama-dos-cuidados-paliativos-no-brasil>. Acesso em: 28 de ago. 2023.

ANCP. **O que são cuidados paliativos.** Academia Nacional de Cuidados

Paliativos, [s.d.]. Disponível em: <https://paliativo.org.br/cuidados-paliativos/o-que-sao/>. Acesso em: 21 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito**

**Constitucional Contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do**

**Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto

Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção

Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as

condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 12 jul. 2023.

CALLEGARI, Livia Abigail. Cuidados paliativos e a essência na mitigação de conflitos: uma construção ética e técnica para todos nós. *In:* DADALTO,

Luciana. (coord.). **Cuidados paliativos**: aspectos jurídicos. 2. ed. Indaituba: Editora Foco, 2022. p. 37-56.

CORADAZZI, Ana Lucia; SANTANA, Marcela Tardeli E. A.; CAPONERO, Ricardo. **Cuidados Paliativos**: Diretrizes Para Melhores Práticas. [S. l.]: MG Editores, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.805/2006**. Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 21 ago. 2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi; MAGGIO, Marcelo Paulo. A efetivação jurídico-política do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal: a referência paradigmática da SL 47-AGR/PE. **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, n. 3, p. 58-76, 2017.

GOMES, Ana Luisa Zaniboni; OTHERO, Marília Bense. Cuidados Paliativos. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 88, p. 155-166, 2016.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pirâmide Etária**. Brasília: IBGE, 2022. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18318-piramide-etaria.html>. Acesso em: 29 ago. 2023.

HÄBERLE, Peter. **Die Verfassung des Pluralismus**. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein: Athenäum, 1980.

MAINART, Catherine F.; VASCONCELOS, Camila; BUSSINGUER, Elda. **Aspectos jurídicos dos cuidados paliativos: tratados internacionais sobre direitos humanos e a legitimação do acesso aos cuidados paliativos no Brasil como direito humano**. Livro: **Cuidados paliativos** (aspectos jurídicos). Luciana Dadalto (org). 2 ed. Indaituba: Editora Foco, 2022, p.01-20

MASSAÚ, Guilherme. **Princípios constitucionais e relações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S. l.]: ONU, 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 jul. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde normatiza cuidados paliativos no SUS**. Brasília: Governo Federal, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/ministerio-normatiza-cuidados-paliativos-no-sus>. Acesso em: 23 jul. 2023.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, v. 21, n. 1, p. 15-35, 2014.

PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. **Humanização e Cuidados Paliativos**. São Paulo: Loyola, 2004.

PORTAL DO ENVELHECIMENTO. Cuidados paliativos: um direito humano – políticas públicas já. **Portal do Envelhecimento e Longevidade**, [S. l.], 15 maio 2023. Disponível em: <https://portaldoenvelhecimento.com.br/cuidados-paliativos-um-direito-humano-politicas-publicas-ja/>. Acesso em: 12 set. 2023.

ROBLES-LESSA, Moyana Mariano; BARUFFI, Priscila Demari. O Estado brasileiro e a promoção dos cuidados paliativos: desafios para a garantia da dignidade humana. In: DADALTO, Luciana. (coord.). **Cuidados paliativos: aspectos jurídicos**. 2. ed. Indaituba: Editora Foco, 2022. p. 21-36.

ROBLES-LESSA, Moyana Mariano; DADALTO, Luciana. O direito à vida e a judicialização da saúde. *Civilista.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, p. 2, 2021. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/522/530>. Acesso em 24 dev. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 9, p. 361-388, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STURZA, Janaína Machado. In: Janaína Machado Sturza; Aline Michele Pedron Leves; Carolina Andrade Barriquello (orgs.). **Direitos humanos e conexões com o futuro**: um debate sobre direito, cidadania e políticas públicas. Porto Alegre: Evangraf. Criação Humana, 2017.

WAILLA, Liane de Alexandre. **SUS (Sistema único de Saúde)**: Conquistas, Desafios Políticos e Bioética. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 92-131, 2008.

Recebido em: 16/11/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11723



# OS COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS E O IMPACTO AMBIENTAL VEICULAR: A SAÚDE PÚBLICA EM RISCO

## FOSSIL FUELS AND VEHICLE ENVIRONMENTAL IMPACT: PUBLIC HEALTH AT RISK

*Carlos Eduardo  
Malinowski*

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Graduado em Direito pela UEMS e em Engenharia Agrônômica pela UFPR. Especialista em Comunicação pela FECEA. Professor efetivo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Assessor Especial da Reitoria da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.  
[carlos\\_em@uems.br](mailto:carlos_em@uems.br)  
<https://orcid.org/0000-0002-6682-9976>

**RESUMO:** Este estudo examina a severa poluição atmosférica em metrópoles brasileiras e seus impactos na saúde pública, utilizando uma abordagem dedutiva e revisão bibliográfica. A investigação destaca como a predominância de combustíveis fósseis na matriz energética veicular contribui significativamente para a degradação da qualidade do ar, perpetuando condições adversas à saúde que culminam em doenças respiratórias e cardiovasculares, reduzindo a expectativa de vida. O texto discute a importância de políticas públicas integradas e a modernização da frota veicular como medidas para mitigar a emissão de poluentes. A pandemia de COVID-19 revelou como intervenções mais emergenciais poderão melhorar temporariamente a qualidade do ar, enfatizando a necessidade de ações sustentáveis que priorizem a saúde pública e a proteção ambiental a longo prazo. A colaboração entre os ministérios da Saúde e do Meio Ambiente e a participação ativa da sociedade são essenciais para implementar soluções eficazes, promovendo um futuro com ar mais limpo e uma melhor qualidade de vida nos centros urbanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Emissões Veiculares; Impactos na saúde; Material particulado; Políticas públicas.

**ABSTRACT:** This study examines severe air pollution in Brazilian metropolises and its impacts on public health, using a deductive approach and literature review. The investigation highlights how the predominance of fossil fuels in the vehicle energy matrix significantly contributes to the degradation of air quality, perpetuating adverse health conditions that culminate in respiratory and cardiovascular diseases, reducing life expectancy. The text discusses the importance of integrated public policies and the modernization of the vehicle fleet as measures to mitigate pollutant emissions. The COVID-19 pandemic has revealed how more emergency interventions can temporarily improve air quality, emphasizing the need for sustainable actions that prioritize public health and long-term environmental protection. Collaboration between the Ministries of Health and Environment and the active participation of society are essential to implement effective solutions, promoting a future with cleaner air and a better quality of life in urban centers.

**KEYWORDS:** Vehicle Emissions; Health impacts; Particulate matter; Public policy.

**Como citar:** MALINOWSKI, Carlos Eduardo. Os Combustíveis Fósseis e o Impacto Ambiental Veicular: A Saúde Pública em Risco. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 511-531, 2024.

## INTRODUÇÃO

Fruto do contrato social, as cidades transformaram-se em centros de atração para os indivíduos, em parte devido às significativas transformações em suas paisagens, especialmente após o advento do automóvel e o crescimento das atividades comerciais. Atualmente, cerca de 84% da população brasileira está concentrada nas capitais, metrópoles e áreas litorâneas. A revolução tecnológica ampliou a eficiência da produção de alimentos no campo, impulsionando seus habitantes a migrarem para os grandes centros urbanos, o que aumentou a circulação de pessoas em espaços cada vez mais inóspitos e disputados. Neste contexto, a qualidade do ar, especialmente no início do século XX, não foi priorizada apesar de sua importância fundamental para a vida urbana.

Com o avanço da modernização, surgiram paradoxalmente diversos desafios, como as adversidades decorrentes do progresso humano em relação à natureza. As questões ambientais, essenciais para a qualidade de vida, são frequentemente eclipsadas pelo progresso econômico. Atualmente, o ar que respiramos é descrito como o "pior em 800 mil anos", devido às altas concentrações de dióxido de carbono. No Brasil, os padrões de qualidade do ar ainda refletem normas estabelecidas nos anos 1980, destacando a deficiência das ações humanas na preservação de sua própria saúde. As emissões de gases poluentes e de material particulado representam um risco invisível, porém extremamente perigoso para a saúde pública, principalmente devido às dificuldades respiratórias causadas pelo aumento da poluição.

Embora o Ministério do Meio Ambiente, por meio do Conselho Nacional do Meio Ambiente, possa implementar medidas interdisciplinares, os efeitos positivos dessas ações dependem do comprometimento da sociedade como um todo. Além disso, intervenções governamentais podem fomentar práticas industriais que beneficiem o meio ambiente e, conseqüentemente, a qualidade de vida da população urbana.

Este estudo visa examinar como a ineficácia das políticas públicas contribui para a deterioração da qualidade do ar e suas repercussões na saúde pública. Parte-se da hipótese de que uma abordagem mais integrada entre os órgãos governamentais e a sociedade civil pode mitigar

significativamente os efeitos adversos da poluição atmosférica, reduzindo os gastos públicos com problemas de saúde e melhorando a qualidade de vida urbana.

O objetivo geral deste estudo é analisar o impacto das políticas ambientais sobre a qualidade do ar e a saúde pública nas grandes metrópoles brasileiras. Especificamente, busca-se primeiro avaliar a eficácia das normativas atuais referentes à qualidade do ar no Brasil, especialmente em como estas são aplicadas nas grandes cidades. Em segundo lugar, o estudo visa investigar o papel das políticas públicas integradas entre diferentes órgãos governamentais na mitigação dos efeitos da poluição atmosférica. Por fim, propõe-se desenvolver recomendações para melhorias nas políticas públicas que possam efetivamente reduzir a poluição do ar e suas consequências negativas para a saúde pública.

No decorrer deste artigo, serão inicialmente exploradas as principais fontes de poluição do ar nas áreas urbanas, com ênfase no papel significativo dos veículos automotivos e das atividades industriais como contribuintes para a degradação da qualidade atmosférica. Posteriormente, serão examinados os impactos diretos e indiretos dessa poluição na saúde pública, focando nos problemas respiratórios e cardiovasculares comuns nas cidades densamente povoadas e altamente industrializadas.

Será feita também uma análise das políticas públicas atuais, avaliando sua eficácia e as lacunas existentes na legislação brasileira em comparação com padrões internacionais.

Além disso, serão discutidas as medidas interdisciplinares que podem ser adotadas para melhorar a qualidade do ar, como programas de modernização da frota veicular, incentivos para energias renováveis e a implementação de áreas verdes urbanas. Serão propostas melhorias nas políticas públicas, baseando-se em exemplos bem-sucedidos de outras nações que conseguiram mitigar os problemas associados à poluição atmosférica.

Por fim, o artigo abordará a necessidade de uma integração mais efetiva entre os órgãos governamentais e a sociedade civil para a formulação e implementação de soluções sustentáveis, que não apenas reduzam os índices de poluição, mas também promovam uma melhor qualidade de vida nos centros urbanos.

Ademais, para o desenvolvimento deste estudo, adotam-se o método monográfico de procedimento e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Com estas ferramentas metodológicas estabelecidas, iniciar-se-á a discussão detalhada sobre o direito fundamental à saúde, explorando como este é impactado pela qualidade do ar nas cidades densamente industrializadas.

## **1 IMPACTOS DA POLUIÇÃO VEICULAR NA SAÚDE PÚBLICA**

Na mesma proporcionalidade que a expectativa de vida dos brasileiros aumenta, cresce também a necessidade de cuidados com a saúde, especialmente porque o Brasil está envelhecendo. Os idosos, em particular, requerem atenção especial em relação aos diversos aspectos do envelhecimento natural. Neste contexto, a saúde emerge como um dos direitos sociais essenciais resguardados pela Constituição, que impõe ao Estado o dever de garantir a todos os indivíduos o acesso às condições mínimas de subsistência.

A interpretação do que constitui o mínimo existencial é complexa tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Ana Paula Barcellos descreve o mínimo existencial como “o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo homem tem direito”, constituindo “o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana e, portanto, a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios” (Barcellos, 2002, p. 45).

Igualmente, Ingo Wolfgang Sarlet define o mínimo existencial como “um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna” (Sarlet, 2007, p. 103). O autor argumenta que, embora o mínimo existencial seja fundamental, não se limita apenas ao mínimo vital, uma vez que este último é apenas o ponto de partida para garantir uma vida digna, mas não o seu limite.

A Constituição busca expandir essas garantias ao máximo possível, contrastando com a redução de direitos. Sarlet enfatiza que a dignidade humana está intrinsecamente ligada à fundamentação dos direitos sociais, pois “onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano” e “onde as condições mínimas para uma existência digna não forem

asseguradas, não haverá espaço para dignidade da pessoa humana” (Sarlet, 2005, p. 120).

O Direito à saúde, conforme estabelecido no artigo 6º da Constituição, é um direito fundamental social, cujo entendimento e alcance se ampliam por meio de outras legislações, como a Lei n. 8.080/90. Esta lei estipula que a saúde é um direito fundamental do ser humano, responsabilizando o Estado por prover as condições necessárias para seu pleno exercício.

Além disso, é importante notar que a saúde é influenciada por uma série de fatores, tais como a alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, educação, transporte e lazer, mostrando a interdependência entre saúde e ambiente. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde não é apenas a ausência de doença, mas um estado de completo bem-estar físico, mental e social, o que ressalta a necessidade de uma abordagem mais ampla para o tratamento e prevenção de doenças relacionadas à poluição do ar.

De acordo com os princípios da Constituição da Organização Mundial da Saúde, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença, ou de quaisquer enfermidades. A OMS infirma ainda que a plenitude da saúde é possível de ser atingida e que constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça; religião; prolegômenos políticos; condição econômica ou social (OMS, 1946).

Segre e Ferraz (1997) questionam a definição da OMS citada acima, na qual “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social” da pessoa, considerando-a ultrapassada, por visar a uma perfeição inatingível, atentando-se às próprias características da personalidade. Os autores, em visão mais holística, entendem que a saúde é um estado de razoável harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade, porém, dificilmente se pode alcançar a completude.

Na mesma diretriz, Christophe Dejours define que a saúde para cada homem, mulher ou criança significa ter meios de traçar um caminho pessoal em direção ao bem-estar biopsicossocial (Dejours, 1986).

Destarte, a saúde não importa apenas ausência de doença, pois devem ser observados outros elementos essenciais à efetiva proteção e promoção da

saúde humana, aspectos estes que envolvem a alimentação, habitação, educação e meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por seu turno, Pilau Sobrinho conceitua a saúde como “um direito individual de todo cidadão, que objetiva o completo bem-estar físico e mental, em que sejam aplicados ao mesmo tempo, modelo de promoção e prevenção da Saúde”, para dar “condições de igualdade às pessoas no intuito de elevar a expectativa e a qualidade de vida das pessoas” (Pilau Sobrinho, 2003, p. 128).

Destacando a interação do homem com o meio ambiente, Reale (2002, p. 188) afirma que “saúde é a justa proporção, a harmonia natural, o acordo intrínseco do organismo consigo mesmo e com o que lhe é exterior”.

Os problemas de saúde relacionados à degradação ambiental chamaram a atenção do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que elaborou uma copiosa lista de adversidades oriundas dessa putrescência. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), fatores ambientais acarretam 23% das mortes prematuras em todo o mundo, cerca de 12,6 milhões de mortes, apenas em 2012. Infausto, esta percentagem sobe para 36% entre as crianças (PNUMA, 2016).

O Diretor Executivo do PNUMA, Achim Steiner, estima que “anualmente, quase 7 milhões de pessoas morrem porque são expostas à poluição em ambientes internos e externos”. Ele atribui essas mortes a uma variedade de causas, incluindo “desde a produção de energia, a utilização de fornos, o transporte, as queimadas e outras causas” (ONUBR, 2018).

A poluição do ar ambiente figura, hodiernamente, entre os principais fatores de risco que mais contribuem para a sobrecarga global da doença, precedendo riscos mais amplamente conhecidos como hipercolesterolemia e inatividade física. Em 2050, a poluição do ar será a principal causa de morte prematura por fatores ambientais, ultrapassando malária e diarreia (OECD, 2012).

De acordo com a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1946, saúde é definida não apenas como a ausência de doença, mas como um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Esta definição ampla enfatiza que a saúde abrange vários aspectos da vida humana, que são diretamente impactados por fatores ambientais adversos, como a poluição do ar. A OMS reconhece que alcançar a plenitude da saúde é um direito

fundamental de todos, independentemente de distinções socioeconômicas ou políticas.

Segre e Ferraz (1997) questionam a definição de saúde da OMS por considerá-la idealista demais, propondo em vez disso uma visão de saúde como um equilíbrio ou harmonia entre o indivíduo e seu ambiente. Christophe Dejours (1986) ecoa esse pensamento, sugerindo que saúde envolve a capacidade de cada pessoa de traçar um caminho pessoal em direção ao bem-estar biopsicossocial, destacando a importância do ambiente nesse processo.

A interação entre saúde e ambiente é corroborada por estudos do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que mostram como a degradação ambiental, particularmente a poluição do ar, contribui significativamente para doenças globais. Estima-se que condições ambientais precárias sejam responsáveis por cerca de 23% das mortes prematuras globalmente, um número que aumenta para 36% entre crianças, de acordo com dados de 2016 do PNUMA. Achim Steiner, Diretor Executivo do PNUMA, relata que quase 7 milhões de mortes anuais podem ser atribuídas à exposição à poluição interna e externa, envolvendo desde a produção de energia até a utilização de fornos e o transporte (ONUBR, 2018).

Projeções da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Econômico (OCDE) para 2050 indicam que a poluição do ar poderá se tornar a principal causa de morte prematura, superando doenças como malária e diarreia. Este dado reforça a necessidade urgente de abordar as emissões provenientes de fontes urbanas, especialmente os veículos, que são significativos contribuintes para a poluição atmosférica e para os riscos associados à saúde pública (OCDE, 2012).

Além dos impactos já mencionados da poluição atmosférica na saúde, é importante destacar que o estilo de vida urbano também influencia nossa condição física de outras maneiras. É sabido que os exercícios físicos aumentam a frequência cardíaca (Correa Filho, 2022), enquanto o sono diminui (Criscuolo, 2024;). De acordo com Oliveira *et al.* (2021), esta é uma capacidade adaptativa do corpo para regular nosso coração e nossa frequência de acordo com a necessidade do momento. No entanto, fatores urbanos como o ruído podem prejudicar o sono, tornando-o mais leve e causando prejuízos psicológicos, fisiológicos e intelectuais. Além disso, o tempo gasto no trânsito,

as ilhas de calor, a poluição do ar, o ruído, a baixa umidade e as constantes queimadas são todos elementos que questionam se a vida urbana compromete a saúde do corpo humano. A poluição do ar, em particular, 'engessa' essa capacidade de adaptação do corpo.

Nas cidades, além dos gases naturais, há a emissão de partículas que podem ou não ser poluentes, mas que em certas condições meteorológicas reagem entre si, formando novos poluentes que intensificam a carga dos já presentes, agravando a poluição urbana. “A atmosfera é composta por gases, partículas sólidas e líquidas”, que interagem fisicamente e quimicamente de maneira contínua (Castanho, 1999, p. 1). Esse conjunto de elementos forma os aerossóis<sup>2</sup>, que são partículas sólidas ou líquidas suspensas em um gás (ar atmosférico), definidas por Castanho (1999, p. 2) como material particulado ultrafino. Essas partículas, do tamanho de moléculas de gás, penetram profundamente nos pulmões e na corrente sanguínea.

Por exemplo, uma caminhada no Parque Ibirapuera entre 10 horas da manhã e 16 horas pode expor o indivíduo a uma concentração de ozônio cerca de 70% acima do limite recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2017, p. 9). Além disso, a OMS (2017, p. 21) recomenda que a concentração do material particulado mais fino, MP2.5, seja de até 10  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  na média anual, e de até 25  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  na média de 24 horas, especialmente em dias mais frios ou com condições desfavoráveis para a dispersão de poluentes. Contudo, nas avenidas movimentadas, a concentração de material particulado pode alcançar cerca de 120  $\mu\text{g}/\text{m}^3$ , aproximadamente quatro vezes o limite mínimo recomendado pela OMS, o que pode causar inflamações e, a longo prazo, óbito prematuro (IEMA, 2022).

A título de comparação, a Resolução CONAMA nº 3 de 1990 estabelece que concentrações de poluentes acima de 150  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  podem afetar a saúde da população. Observando nossa legislação, Saldiva critica o fato de que, embora

---

<sup>2</sup> As partículas de aerossol atmosférico são constituídas por uma mistura de partículas de origem primária (emissão direta da fonte) e secundária (transformação gás – partícula). As partículas de aerossol possuem tamanhos que variam de nanômetros (nm) a dezenas de micrômetros ( $\mu\text{m}$ ) de diâmetro. O particulado é naturalmente dividido em duas modas definidas por intervalos de tamanho, onde se tem maior concentração de partículas: a moda das partículas finas, menores que 2,5 $\mu\text{m}$  de diâmetro aerodinâmico e a moda das partículas grossas, maiores que 2,5 $\mu\text{m}$ . Isto é conveniente, pois, as frações de tamanhos possuem diferentes propriedades físicas e químicas, diferentes processos de emissão e remoção da atmosfera (Castanho, 1999).

o conhecimento tecnológico tenha avançado significativamente nos últimos 50 anos, os padrões regulatórios continuam desatualizados:

Os atuais limites aceitos de poluição atmosférica adotados pelo Brasil foram estabelecidos em meados dos anos 1980, traduzindo o conhecimento científico disponível na década de 1970. Em vários países da Europa, nos Estados Unidos e no Canadá, houve uma redução progressiva dos níveis aceitáveis de poluentes atmosféricos, mudanças estas geradas pela incorporação de estudos epidemiológicos e clínicos que demonstraram a existência de efeitos adversos à saúde humana em patamares muito mais baixos do que anteriormente se imaginava. O Brasil e a maioria dos países em desenvolvimento mantiveram inalterados seus padrões, como se ignorassem os novos conhecimentos ou preferissem aumentar sua capacidade produtiva mesmo que à custa de prejuízos à saúde humana (Saldiva (2018, p. 18).

De acordo com Evangelina Vormitagg, médica diretora do Instituto Saúde e Sustentabilidade, “os padrões brasileiros de qualidade no ar estão defasados, são de 1990”, alerta. A emissão de material particulado por dia, segundo o órgão, não deve ultrapassar  $25 \mu\text{g}/\text{m}^3$  (microgramas por metro cúbico). A partir de  $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$ , o nível é considerado de emergência, podendo causar danos à saúde (Minuano, 2017).

Estas micropartículas, associadas a gases, quando aspiradas para o pulmão, provocam inflamações, estresses oxidativos e até alteração da expressão dos genes. A poluição do ar é complexa, mas seu principal agente são as micropartículas. O material particulado penetra profundamente nos pulmões e no sistema cardiovascular, causando acidentes vasculares cerebrais, doenças cardíacas, câncer de pulmão, doenças pulmonares obstrutivas crônicas e infecções respiratórias, incluindo pneumonia (OPAS, 2018). Pesquisadores da Universidade de Harvard estimaram que as cidades americanas com apenas  $1 \mu\text{g}/\text{m}^3$  a mais de material particulado 2,5 no ar tiveram uma taxa de mortalidade 15% maior por COVID-19. Segundo Francesca Dominici, professora de bioestatística de Harvard e autora do estudo, contrair Covid e respirar ar poluído é como jogar gasolina no fogo (Gardiner, 2020).

Nos períodos de trânsito intenso, cada hora de exposição ao CO e micropartículas equivale a fumar um cigarro. Os efeitos da poluição do ar produzido nas grandes cidades podem ser constatados em quaisquer

esquinas, devido às chaminés e automóveis emitindo poluentes variados. Tudo que acontece com as pessoas que respiram ar poluído nas metrópoles simula, de maneira direta, o que ocorre com os fumantes (Apple; Izidro, 2019). Os filtros de ar-condicionado dos veículos, após um determinado tempo de uso, deixam o ar interno mais saturado com mais material particulado que o ambiente externo, causando a falsa impressão de que o passageiro está em um ambiente protegido. Em outros termos, nos veículos mais antigos e com pouca manutenção, fechar as janelas para evitar a fumaça externa pode ser ainda pior para a saúde.

Estima-se que 9 milhões de pessoas no mundo morrem devido à poluição (Fuller *et al.*, 2022), 4 milhões morrem de acidente vascular cerebral ou infarto do miocárdio (OPAS, 2018) e 1,35 milhão de pessoas morrem anualmente por causa de acidentes viários (Queiroz, 2023). Apesar de a poluição ceifar mais vidas do que derrames, infartos ou acidentes de trânsito, suas causas não recebem a atenção necessária para evitar as consequências. Em apenas 20 minutos de exposição em uma avenida congestionada, dobra a quantidade de CO (monóxido de carbono) presente nos pulmões. Neste mesmo lapso de tempo em um túnel, “as pessoas começam a ter alguns efeitos sobre o sistema nervoso central, como diminuição da capacidade de distinguir tempo e espaço, falhas na acuidade visual e alterações nas funções motoras” (Cyro, 2005, p. 104), situação em que qualquer pessoa torna-se equivalente a um fumante, ainda que nunca tenha fumado. Como consequência, “ocorre a elevação da pressão arterial”, os vasos sanguíneos não conseguem dilatar-se para enviar mais sangue aos tecidos, “aumentando o risco de enfarte”. O risco de infarto ou derrame cerebral multiplica-se por quatro, o que é perigoso para quem já está com alguma patologia, aumentando a possibilidade de adoecer gravemente, apenas por ter ficado exposto ao ar poluído (Chiarelli, 2009, p. 11 e 13).

A expectativa de vida média em cidades maiores seria elevada em 2 anos sem a poluição, que acarreta doenças respiratórias e cardiovasculares além de provocar abortos. Em São Paulo, morrem anualmente 11 mil pessoas a mais por causa da poluição do que por AIDS e tuberculose somadas (Minuano, 2017).

O contraste nas práticas de avaliação de impacto ambiental por vezes revela discrepâncias notáveis. Levou oito anos para completar os estudos necessários que garantiriam que a construção do rodoanel viário em São Paulo minimizasse seu impacto no cinturão verde da cidade. Por outro lado, empreendimentos como a construção de avenidas em áreas residenciais frequentemente prosseguem sem a realização de estudos de impacto ambiental adequados, evidenciando lacunas na proteção ambiental urbana. Diante dessas incongruências, Saldiva (2018, p. 19) questiona: “não seria o caso de refletirmos se o homem não merece o mesmo cuidado que outros seres vivos receberam?”. É preciso incluir as pessoas na questão ambiental.

As Perspectivas Ambientais da OCDE estimam que o número de mortes prematuras relacionadas à inalação de partículas PM10 e PM2.5 chegue a cerca de 3,5 milhões em 2050 (OCDE, 2012, p. 4). No entanto, diante da venda anual de 2,5 a 3 milhões de novos automóveis somente no Brasil, é possível encontrar uma solução?

Nas cidades onde o transporte público possui faixas exclusivas, estas tornam o tráfego mais rápido, o que se torna um atrativo para os munícipes deixarem as conduções individuais e utilizarem o transporte de massa. Isso diminui a quantidade de motores emitindo poluentes, além de desafogar o trânsito. A utilização consciente do transporte público por aqueles que poderiam deslocar-se com seu transporte privado atende ao princípio da solidariedade. No mundo social, a solidariedade decorre de uma ideia racional, “segundo a qual a sobrevivência do todo depende da relação de todos os cidadãos entre si ou da sociedade, tomada aqui como o conjunto de cidadãos, com qualquer deles” (Boiteaux, 2010, p. 529).

Paris, desde 2016, proíbe a circulação de carros com mais de 19 anos, nos dias úteis (Müzell, 2016). Estima-se que um único Fusca polua o equivalente a 30 carros modernos. Não obstante, os governos estaduais brasileiros isentam os veículos com mais de 20 anos do pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), incentivando o uso de automóveis desgastados que emitem mais poluentes. Em direção oposta, o governo japonês adota imposto progressivo, estimulando o uso de automóveis novos e menos poluentes (Reis, 2021).

Em dezembro de 1952, uma imensa nuvem de fumaça cobriu a cidade de Londres. Os gases foram originados pela queima de carvão e lenha, além da emissão das fábricas e automóveis. Pela ausência de vento, a fumaça só foi dispersa 5 dias após ter início, desencadeando uma forte crise sanitária na cidade. Estima-se que, 4 mil pessoas morreram prematuramente por causa da poluição, e outras 7 mil nos meses seguintes. Os britânicos entenderam, já na década de 50 que era preciso emitir menos poluentes e, em 1956 aprovaram a *Clean Air Act*, ou Lei do Ar Limpo (Calixto, 2013).

Soluções para estes problemas estão ligadas, diretamente, à adoção de políticas ambientais eficientes que visem diminuir o nível de poluição do ar nos grandes centros urbanos. Apesar de ter uma resolução defasada para a qualidade do ar, em 1986, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) criou o Programa de Controle de Poluição do Ar por Veículos Automotores (PROCONVE), coordenado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), que definiu os primeiros limites de emissão para veículos leves. Este programa já melhorou o padrão de qualidade da indústria brasileira, embora ainda haja muito a avançar.

Na apresentação da obra *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Celso Lafer infere que Bobbio utiliza a dimensão analítica na sua reflexão sobre o tema das funções do direito, incluindo a revisão do conceito da sanção. Bobbio ressalta que o direito não se limita a normas permissivas e proibitivas, mas também pode almejar a promoção. Cria-se, assim, a dimensão positiva das sanções, que se concretiza na forma do oferecimento de incentivos e prêmios. Esta função promocional incentiva condutas, antecipando resultados que demorariam muito tempo para acontecer por si mesmos. As sanções premiaias proporcionam a direção social de conduta (Bobbio, 2007).

Para transformar a realidade da atual tecnologia automobilística poluidora, Bobbio (2007, p. XII, grifos do autor) propõe priorizar incentivos em vez de impor restrições, conceituando “a 'função promocional' como a ação que o direito exerce através das 'sanções positivas', ou seja, mecanismos amplamente reconhecidos como 'incentivos'.”

O incentivo para a substituição de combustíveis fósseis por biocombustíveis, energia elétrica ou modelos híbridos<sup>3</sup> poderia reduzir significativamente este problema. Vislumbrando a necessidade de melhorar e inovar a legislação ambiental, é preciso estimular a participação popular para mudar a realidade imposta por uma indústria obsoleta e um Poder Público pouco atuante. “Há ainda que atuar junto ao Legislativo, no âmbito das Comissões do Meio Ambiente, que existem permanentemente na Câmara e no Senado Federal”. Estas comissões desempenham um papel inicial no processo legislativo, pois, como destaca Campello, “trata-se de órgãos técnicos encarregados de analisar, avaliar e decidir sobre todas as propostas de novas leis” (Campello, 2007, p. 15).

Visando alinhar-se às restrições europeias impostas à indústria automobilística e motivado pelas estatísticas reveladoras do Anuário da Confederação Nacional do Transporte (CNT) de 2022, que indicaram um crescimento significativo da frota brasileira de veículos — de cerca de 32 milhões em 2001 para mais de 111 milhões em 2021 —, o Projeto de Lei 454/2017 propunha uma diminuição gradual na comercialização de carros movidos a combustíveis fósseis no Brasil, começando em 2030 e culminando na proibição total em 2060. Apesar da relevância deste projeto para os esforços de sustentabilidade, ele foi arquivado ao término da sessão legislativa, deixando uma lacuna nas políticas de mitigação das emissões de poluentes veiculares.

No âmbito do Poder Executivo, o governo federal iniciou em julho de 2018 o programa Rota 2030, que buscava incentivar a indústria de automóveis a melhorar a eficiência no uso de combustíveis fósseis, concedendo descontos de IPI aos carros elétricos e híbridos. Este programa foi substituído no início de 2024 pelo programa Mobilidade Verde e Inovação, mais conhecido como Mover (Brasil, 2023). Esse novo programa é uma extensão e evolução do Rota 2030 e visa ampliar as exigências de sustentabilidade e eficiência energética dos veículos automotores.

Dentro das diretrizes do Mover, observa-se um incentivo contínuo ao desenvolvimento de tecnologias e à utilização de biocombustíveis, como o

---

<sup>3</sup> Os veículos híbridos possuem dois motores: um elétrico e um a combustível fóssil. Esta combinação reduz significativamente as emissões em ambiente urbano, no qual o motor elétrico atua com maior frequência.

etanol, que, embora sejam menos poluentes que os combustíveis fósseis tradicionais como o petróleo, ainda representam uma forma de combustão com emissões de carbono (Brasil, 2023). O incentivo ao uso desses combustíveis pode ser visto tanto como um avanço quanto como uma limitação na transição para tecnologias totalmente livres de emissões, como a eletricidade ou o hidrogênio, visto que o programa Mover, apesar de representar um avanço em termos de incentivos promocionais, não manifesta uma ruptura total com a dependência de tecnologias poluentes.

## **2 REDUÇÃO DA POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA DURANTE A PANDEMIA: EFEITOS, LIÇÕES E CAMINHOS FUTUROS**

A diminuição das atividades industriais e do trânsito motivada pela pandemia da COVID-19 resultou em uma redução significativa da poluição atmosférica entre março e julho de 2020. Na Europa, essa queda na concentração de poluentes na atmosfera evitou 11 mil mortes, enquanto na China, o ar mais limpo pode ter salvo até 77 mil vidas (Ferreira, 2020). Paradoxalmente, a exposição prolongada a um ar mais poluído antes da pandemia contribuiu para um aumento no número de vítimas durante a quarentena, demonstrando que a exposição a longo prazo a ambientes insalubres cobra seu preço, mesmo quando há uma melhora temporária na qualidade do ar.

Analisando a média de emissão de poluentes em março a partir de 2015, São Paulo registrou uma redução de 13% para NO<sub>2</sub>, 4% para MP<sub>2.5</sub> e de 20% para CO. Em comparação com o mesmo período, Paris e Nova Iorque apresentaram reduções na emissão de material particulado em 16% e 29%, respectivamente (Connerton *et al.*, 2020). Isso sugere que, enquanto os veículos continuaram circulando em São Paulo e suas indústrias emitiam quantidades extremamente altas de material particulado fino, medidas adicionais são necessárias, não apenas para a renovação da frota, mas também para a manutenção dos veículos existentes.

Supõe-se que os veículos mais antigos e poluentes continuaram em operação devido à condição econômica de seus proprietários, que precisavam trabalhar para manter seu sustento. Assim, mesmo com a incorporação de

novos veículos com tecnologias híbridas ou elétricas nas frotas de países em desenvolvimento, ações como inspeção veicular e a instalação de filtros para gasolina, ou filtros GPF (*Gasoline Particulate Filter*), são necessárias. Estes filtros, que têm uma estrutura composta por canais que permitem apenas a passagem dos gases e retêm o material particulado, são capazes de reter aproximadamente 75% da fuligem lançada pelos motores e não requerem manutenção (Grande, 2019).

Veículos a diesel, potencialmente mais poluentes que os movidos a gasolina ou com motores flex, desde 2012 vêm equipados com um filtro de gases capaz de transformar óxido de nitrogênio NOx, uma substância cancerígena, em nitrogênio puro e vapor de água, inofensivos à saúde. Ao contrário dos filtros GPF para gasolina, este filtro exige manutenção e deve ser abastecido com um aditivo conhecido como ARLA 32. Se os caminhões equipados com este dispositivo não usarem o aditivo, o motor tem sua potência automaticamente reduzida, o que deveria garantir o funcionamento do dispositivo antipoluição. No entanto, tem sido comum entre os frotistas brasileiros a adoção de um chip que burla o sistema e mantém a potência do motor, mesmo sem o uso do Arla, anulando todos os benefícios ambientais e fazendo com que caminhões novos poluam tanto quanto os antigos (Bazani, 2014).

A falta de fiscalização permite que os frotistas usem o chip para economizar cerca de 5 a 6% do gasto com óleo diesel. A título de exemplo, embora apenas 5% da frota de veículos em São Paulo seja composta por caminhões, eles são responsáveis por metade da poluição na cidade (Exame, 2018), e essa fraude contribui significativamente para aumentar esse índice.

As observações feitas durante os meses de pandemia oferecem uma oportunidade para repensar as abordagens em relação à gestão ambiental e ao controle da poluição urbana. A melhora na qualidade do ar em um curto período demonstrou o impacto direto das atividades humanas e reforçou a necessidade urgente de políticas sustentáveis que priorizem a saúde pública. Essas mudanças evidenciam como políticas públicas poderão rapidamente resultar em melhorias significativas, sugerindo que a implementação de estratégias ambientais mais rigorosas e sustentáveis poderão propiciar benefícios para o ambiente e para a população.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho abordou a grave problemática da poluição atmosférica nas metrópoles brasileiras e suas repercussões na saúde pública. Conforme evidenciado ao longo do artigo, a poluição do ar, influenciada pelas opções energéticas predominantes durante a era dos combustíveis fósseis, impõe riscos significativos à saúde e qualidade de vida da população.

A problematização inicial questionou a eficácia das políticas públicas na gestão da qualidade do ar e propôs que uma abordagem mais integrada entre órgãos governamentais e a sociedade civil poderia mitigar os efeitos adversos da poluição. Os resultados das investigações confirmaram essa hipótese, demonstrando que apesar dos padrões estabelecidos pelo CONAMA, a exposição contínua a poluentes atmosféricos em níveis atuais é prejudicial à saúde, corroborando a necessidade de revisão e fortalecimento das políticas existentes.

Os objetivos delineados foram alcançados por meio de uma análise rigorosa dos impactos da poluição veicular na saúde pública. Foi possível constatar que a frota veicular brasileira, significativamente poluente, contribui para a alta incidência de doenças respiratórias e cardiovasculares, reduzindo a expectativa de vida. Em resposta, este estudo sugere a implementação de medidas como a modernização da frota veicular, incluindo a adoção de veículos elétricos e híbridos, a instalação obrigatória de filtros de partículas e uma fiscalização mais efetiva, especialmente em veículos pesados que contribuem desproporcionalmente para a poluição atmosférica.

Adicionalmente, o período da pandemia da COVID-19 serviu como um estudo de caso inadvertido sobre os impactos da redução temporária de atividades poluentes, oferecendo insights valiosos sobre como ações imediatas podem levar a melhorias significativas na qualidade do ar. A rápida melhoria observada durante os meses de quarentena ilustra claramente que políticas específicas voltadas para a redução da emissão de poluentes podem ter um efeito substancial e imediato.

Por fim, é imperativo que as políticas públicas não apenas se concentrem na mitigação dos problemas existentes, mas que também

promovam um desenvolvimento sustentável que garanta a saúde pública e a preservação ambiental a longo prazo. A colaboração entre os ministérios da Saúde e do Meio Ambiente, juntamente com o envolvimento ativo da sociedade, é fundamental para formular e implementar soluções eficazes que assegurem um futuro menos poluído e mais saudável.

## REFERÊNCIAS

APPLE, Ananda; IZIDRO, Marina. Pneumologista diz que respirar em SP corresponde a fumar 4 cigarros por dia. **G1**, 23 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/verdejando/noticia/2019/09/23/pneumologista-diz-que-respirar-em-sp-corresponde-a-fumar-4-cigarros-por-dia.ghtml>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 105, 509-533, 2010.

BOBBIO, Norberto **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado nº 454 de 2017**. Altera a Lei de Redução da Emissão de Poluentes para vedar a comercialização de veículos movidos a combustão no País a partir de 2060. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7289350&ts=1539801026610&disposition=inline>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 3**, de 28 de junho de 1990. Controle da poluição do ar - PRONAR. Publicada no DOU, de 22 de agosto de 1990, Seção 1, páginas 15937-15939.

BRASIL. **Programa de controle de emissões veiculares** (Proconve). Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/emissoes/veiculos-automotores/programa-de-controle-de-emissoes-veiculares-proconve>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. **Programa de Mobilidade Verde é lançado**. 30 dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/noticias/2023/dezembro/rograma-de-mobilidade-verde-e-lancado>. Acesso em: 14 abr. 2024.

CALIXTO, Bruno. Ar da Europa já foi tão poluído quanto o da China. O que mudou? **ÉPOCA**. 20 jan. 2013. Disponível em: <http://colunas.revistaepoca.globo.com/planeta/2013/01/20/ar-da-europa-ja-foi-tao-poluido-quanto-o-da-china-o-que-mudou/>. Acesso em: 7 abr. 2024.

CAMPELLO, Livia Gaigher. Reflexões sobre ética ambiental. In: 1º Congresso de Direito e Engenharia Ambiental. **Anais do 1º Congresso de Direito e Engenharia Ambiental**. 2007.

CASTANHO, Andréa Dardes de Almeida. **A determinação quantitativa de fontes de material particulado na atmosfera da cidade de São Paulo**. 1999. 140 f. Dissertação (Mestrado em Física) - Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências, São Paulo, 1999.

CONNERTON, Patrick *et al.* **Efeitos na qualidade do ar das políticas de quarentena e distanciamento social durante a pandemia de COVID-19 em megacidades: os casos de São Paulo, Paris, Nova Iorque e Los Angeles**. 2020. Disponível em: <https://www.fsp.usp.br/site/noticias/mostra/20583>. Acesso em: 19 fev. 2024.

CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Anuário CNT do Transporte 2022**. 2022. Disponível em: <https://anuariodotransporte.cnt.org.br/2022/File/PrincipaisDados.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CORREA FILHO, Harry. Qual é o melhor exercício para o coração? **Unicardio**, 2022. Disponível em: <https://unicardio.com.br/artigos/qual-e-o-melhor-exercicio-para-o-coracao-confira-4-opcoes/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CRISCUOLO, Leandro Costa. Monitorar batimentos cardíacos melhora a qualidade do sono. **Medicina e Saúde**. 2024. Disponível em: <https://medicina-e-saude/monitorar-batimentos-cardiacos-melhora-a-qualidade-do-sono/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CYRO, Albuquerque Neto. **Um modelo do transporte de monóxido de carbono no**

**sistema respiratório do corpo humano.** 2005. 129f. Dissertação (Mestrado em Engenharia) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional.** v. 14, n. 54, abr./jun., 1986, p. 7-11.

EXAME. SP: Ônibus e caminhões são 5% da frota, mas representam metade da poluição. **Exame**, 17 jul. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/sp-onibus-e-caminhoes-sao-5-da-frota-mas-representam-metade-da-poluicao/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

FERREIRA, Nicola. Queda da poluição na pandemia de coronavírus já evitou milhares de mortes. 7 jul. 2020. **Veja Saúde.** Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/queda-da-poluicao-na-pandemia-de-coronavirus-ja-evitou-milhares-de-mortes/>. Acesso em: 10 mar. 2024.

FULLER, Richard *et al.* Pollution and health: a progress update. **The Lancet**, 17 maio 2022. Vol. 6, ed. 6, E535-E547. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196\(22\)00090-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196(22)00090-0/fulltext). Acesso em: 10 fev. 2024.

GARDINER, Beth. Poluição intensificou gravidade da covid-19, mas isolamento social deixou o ar mais limpo. 15 abr. 2020. **National Geographic.** Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/ciencia/2020/04/poluicao-pandemia-coronavirus-india-eua-isolamento-social-morte-qualidade-ar>. Acesso em: 10 fev. 2024.

GRANDE, Paulo Campo. Novas Tecnologias: como é o filtro de poluentes para motores a gasolina. **Quatro Rodas**, 26 mar. 2019. Disponível em: <https://quatorrodas.abril.com.br/auto-servico/novas-tecnologias-como-e-o-filtro-de-poluentes-para-motores-a-gasolina/>. Acesso em: 12 fev. 2024.

HYPENESS. A qualidade do ar que respiramos é a pior em 800 mil anos. E milhares podem morrer. S.d. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2018/05/a-qualidade-do-ar-que-respiramos-e-a-pior-em-800-mil-anos-e-milhares-podem-morrer/#:~:text=E%20milhares%20podem%20morrer,-por%3A%20Reda%C3%A7%C3%A3o%20Hypeness&text=A%20concentra%C3%A7%C3%A3o%20de%20di%C3%B3xido%20de,mais%20de%20800%20mil%20anos>. Acesso em: 7 mar. 2024.

IEMA. Instituto de Energia e Meio Ambiente. **Cidade de São Paulo tem poluição do ar acima do recomendado pela OMS nos últimos 22 anos.**

maio 2022. Disponível em: <https://energiaeambiente.org.br/cidade-de-sao-paulo-tem-poluicao-do-ar-acima-do-recomendado-pela-oms-nos-ultimos-22-anos-20220526>. Acesso em: 16 fev. 2024.

MINUANO, Carlos. Poluição no ar mata 11 mil por ano em São Paulo. **Metro Jornal São Paulo**. 14 agosto 2017. Disponível em: <https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/08/14/poluicao-no-ar-mata-11-mil-por-ano-em-sp.html>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MÜZELL, Lúcia. Paris proíbe carros anteriores a 1997: qual o impacto na poluição? **RFI BRASIL**. 07 jul. 2016. Disponível em: <http://br.rfi.fr/franca/20160707-paris-proibe-carros-anteriores-1997-qual-o-impacto-na-poluicao>. Acesso em: 24 set. 2020.

OCDE. **Perspectivas ambientais de la OCDE hacia 2050**. OECD Environmental Outlook to 2050: The Consequences of Inaction. 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/greengrowth/Rio-brochure-Spanish-part-1.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2024.

OLIVEIRA, Rodrigo *et al.* Variabilidade da frequência cardíaca durante o sono: comparação entre atletas de alto desempenho e indivíduos saudáveis. **Brasília Med**. vol. 58; ano 2021, p. 1-8. Disponível em: <https://cdn.publisher.gn1.link/rbm.org.br/pdf/v58a09.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2024.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. OMS/WHO - 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 8 mar. 2024.

OPAS. **Nove em cada dez pessoas em todo o mundo respiram ar poluído**. Organização Panamericana da saúde. 2018. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5654:nove-em-cada-dez-pessoas-em-todo-o-mundo-respiram-ar-poluído&Itemid=839#:~:text=Novos%20dados%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial,em%20ambientes%20exteriores%20e%20interiores](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5654:nove-em-cada-dez-pessoas-em-todo-o-mundo-respiram-ar-poluído&Itemid=839#:~:text=Novos%20dados%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial,em%20ambientes%20exteriores%20e%20interiores). Acesso em: 8 mar. 2024.

OPAS. **Evolution of WHO air quality guidelines: past, present and future**. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe; 2017. Disponível em: [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0019/331660/Evolution-air-quality.pdf?ua=1](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/331660/Evolution-air-quality.pdf?ua=1). Acesso em: 27 mar. 2024.

ONUBR. **Exposição à poluição ambiental mata quase 7 milhões de pessoas por ano**, alerta PNUMA. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/exposicao-a-poluicao-ambiental-mata-quase-7-milhoes-de-pessoas-por-ano-alerta-pnuma/>. Acesso em: 6 mar. 2024.

PNUMA. **Healthy environment, healthy people**. Thematic report Ministerial policy review session Second session of the United Nations Environment Assembly of the United Nations Environment Programme Nairobi, 23–27 May 2016. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17602/K1602727%20INF%205%20Eng.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2024.

QUEIROZ, Christina. Mortes no trânsito crescem 13,5% na última década. **Pesquisa FAPESP**, out. 2023. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/mortes-no-transito-crescem-135-na-ultima-decada/>. Acesso em: 6 mar. 2024.

REALE, Giovanni. **Corpo, alma e saúde**: o conceito de homem de Homero a Platão. São Paulo: Paulus, 2002.

REIS, Alessandro. Xô, carroça: como Japão 'obriga' os motoristas a comprarem novos carros. **UOL**, 3 out. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/carros/noticias/redacao/2021/10/03/xo-carroca-como-japao-obriga-os-motoristas-a-comprarem-novos-carros.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

SALDIVA, Paulo. **Vida urbana e saúde**. São Paulo: Contexto, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 61, 2007.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista Saúde Pública**. vol. 31 no. 5 São Paulo Oct. 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101997000600016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 6 mar. 2024.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à Saúde**: uma perspectiva constitucionalista. Passo Fundo: UFP, 2003.

Recebido em: 01/10/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-10809



# A FORMAÇÃO DOS NOVOS JURISTAS NO CARIRI E CENTRO-SUL CEARENSE: CAMINHOS PARA ALÉM DO POSITIVISMO<sup>1</sup>

## THE TRAINING OF NEW JURISTS IN CARIRI AND SOUTH-CENTRAL CEARENSE: PATHS BEYOND POSITIVISM

*Ramiro Ferreira de Freitas*

Mestre em Educação pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Professor temporário, membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de Bacharelado em Direito na Unidade Descentralizada de Iguatu, da Universidade Regional do Cariri (UDI/URCA).

[ramiro.ferreira@urca.br](mailto:ramiro.ferreira@urca.br)

<https://orcid.org/0000-0003-2508-1858>

*Antonio Victor de Melo Soares*

Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA.

[victor.melo@urca.br](mailto:victor.melo@urca.br)

<sup>1</sup>Trabalho desenvolvido com apoio da Pró Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa (bolsa PIBIC-FECOP-URCA 03/2022).

**RESUMO:** O ensino jurídico no Brasil constitui um tema sobre o qual, frequentemente, instituições, órgãos governamentais e entidades tem se debruçado sobre ao longo dos anos. A percepção de críticas à modalidade tradicional de transmissão conteudista, o processo de democratização e a formação de novos ramos pragmáticos num mercado saturado geram severas projeções ambíguas: uma crise eleva-se sobre o potencial de jovens que escolheram a carreira forense. Este trabalho pretende abordar o contexto geral de ensino jurídico, com ênfase em aspectos regionais que permitem a consagração de um modo – profissional e formativo – particular de compreensão e desenvolvimento teórico-prático das consciências normativas e extralegais para quem pretende ingressar no universo científico do Direito. A coleta de dados foi realizada, como recorte, através de questionário enviado à coordenação de um dos cursos jurídicos da região centro sul cearense e permitiu a obtenção de informações que subsidiarão a discussão em páginas subsequentes. Depreende-se que as bases do ensino jurídico, convencionalmente tradicionalista, foram postas em xeque por autores e correntes de investigação marcadamente orientadas por um inconformismo quanto às segmentações da vida produtiva e imediatista pautada em valores monetários. Na divisão positivismo/pós-positivismo (algo sem definição estanque), a natureza do “justo” passa a ressuscitar.

**PALAVRA-CHAVE:** Ensino jurídico; Jusnaturalismo; Regulamentação.

**ABSTRACT:** Legal education in Brazil is a topic that institutions, government agencies and entities have frequently addressed over the years. The perception of criticism of the traditional modality of content transmission, the democratization process and the formation of new pragmatic branches in a saturated market generated several ambiguous projections: a heightened crisis about the potential of young people who chose a forensic career. This work intends to approach the general context of legal education, with emphasis on regional aspects that allow the consecration of a way – professional and formative – particular of understanding and theoretical-practical development of normative and extralegal consciences for those who intend to enter the scientific universe of Law. Data collection was carried out, as shown, through an audience sent to the coordination of one of the legal courses in the south-central region of Ceará and allowed obtaining information that will support the discussion in subsequent pages. It appears that the foundations of legal education, conventionally traditionalist, were questioned by authors and currents of investigation markedly oriented by a non-conformity regarding the segmentations of productive and immediatist life based on monetary values. In the positivism/post-positivism division (something without tight definition), the nature of the “just” starts to resurrect.

**KEYWORDS:** Legal education; Jusnaturalism; Regulation.

**Como citar:** FREITAS, Ramiro Ferreira de; SOARES, Antonio Victor de Melo. A Formação Dos Novos Juristas No Cariri E Centro-Sul Cearense: Caminhos Para Além Do Positivismo. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 533-549, 2024.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende abordar o contexto geral de ensino jurídico, com ênfase em aspectos regionais que permitem a consagração de um modo – profissional e formativo – particular de compreensão e desenvolvimento teórico-prático das consciências normativas e extralegais para quem pretende ingressar no universo científico do Direito.

A percepção de críticas à modalidade tradicional de transmissão conteudista, o processo de democratização (para muitos, exagerada) e a formação de novos ramos pragmáticos num mercado saturado geram severas projeções ambíguas: uma crise eleva-se sobre o potencial de jovens que escolheram, por diversos motivos, a carreira forense.

Segundo o portal e-MEC, do Ministério da Educação, existem, atualmente, nas regiões do Cariri e Centro-Sul cearense, 12 cursos de bacharelado em Direito. São eles ofertados pelas instituições listadas a seguir: a) Universidade Regional do Cariri (URCA), *campus* Pimenta (Crato); b) Universidade Regional do Cariri – URCA, *campus* Iguatu; c) Centro Universitário Doutor Leão Sampaio (UNILEÃO), Juazeiro do Norte; d) Centro Universitário Vale do Salgado (UNIVS), Icó; e) Centro Universitário de Juazeiro do Norte (UNIJUAZEIRO), Juazeiro do Norte; f) Centro Universitário Paraíso, Juazeiro do Norte; g) Faculdade São Francisco do Ceará, Iguatu; h) Faculdades Integradas do Ceará (UNIFIC), Iguatu; i) Faculdade Metropolitana do Cariri (FAMEC), Crato; j) Faculdade Pitágoras (UNOPAR) de Juazeiro do Norte, Juazeiro do Norte; k) Faculdade São Francisco do Ceará, Crato e, l) Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC), Juazeiro do Norte. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO).

Embora não tenha sido possível, considerando o escopo e as limitações temporais da investigação, abordar detalhadamente o projeto político-pedagógico de cada curso, alguns indicadores serão relevantes para o direcionamento de futuros projetos. A coleta de dados foi realizada, como recorte, através de questionário enviado à coordenação de um dos cursos acima referidos e permitiu a obtenção de informações que subsidiarão a discussão em páginas subsequentes.

Na construção do ensino-aprendizagem, a reflexão, com aporte bibliográfico e interesse genuíno pelas instituições democráticas e pelo bem-estar daqueles que lutam por seus direitos, além de buscarem justiça mais ampla, impulsionam a descoberta de caminhos a serem trilhados pelas Faculdades de Direito e, sobretudo, por estudantes que comporão, dentro em breve, um seleto grupo tomador de decisões culturalmente reconhecidas.

## **1 REGULAMENTAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL**

A princípio, faz-se necessário abordar, ainda que brevemente, o surgimento do curso de Direito no Brasil antes de se adentrar na vigente regulamentação do ensino jurídico.

É cediço que o marco mais relevante do ensino jurídico no Brasil ocorreu com a criação das Faculdades de São Paulo e Recife. Nesta época, a criação dos cursos serviu meramente como uma forma de atender a uma agenda da classe dominante brasileira, que viu neste evento a possibilidade de conservar e estender seu poder de administração sob o Brasil. Neste sentido, Sola e Foristieri (2011, p. 91) lecionam que

Na verdade, a criação dos cursos de Direito no Brasil foi apenas uma tática a fim de consolidar a estrutura de dominação da nação. O surgimento do ensino jurídico refletia naquele momento a vontade de uma elite, cuja intenção era a de se manter no poder e gerenciar o país (pós-independência) construindo um Estado Nacional.

As duas primeiras instituições de ensino seguiram rumos diferentes na tarefa social que desempenhavam. Enquanto a Faculdade de São Paulo constituía um espaço de privilégio na capacitação profissional dos indivíduos, concentrando domínio econômico e político num mesmo local, a Faculdade de Recife, quiçá por seus ideais inovadores, entrou em declínio, política e financeiramente.

Apesar disso, a Faculdade de Recife adquiriu notoriedade por ter sido uma das principais responsáveis pelas mudanças no pensamento cultural do período – 1830-1930 –, devido à sua pluralidade temática, que através de avanços e escritos forenses, tornou possível a aplicação da ciência jurídica à

vida cotidiana e à realidade fática do país, não mais sendo uma réplica do direito português.

Percebe-se que, em meados do século XIX, a função social dos juristas se limitava a ao gerenciamento de burocracias e à aplicação mecânica da lei nacional. Nas palavras de Lopes (2008, p. 207), o nascimento dos cientistas do direito estava “diretamente ligado às funções do Estado, seja como funcionário, seja como profissional liberal, para fazer com que o Estado nacional atinja a capilaridade desejada, que o Estado português só havia conseguido em parte”.

Impossível deixar de notar que, a hodierna formação humanitária do profissional das carreiras jurídicas, que tanto é estimulada atualmente, sequer fazia parte dos projetos elaborados aquela época.

Superados estes pontos iniciais acerca do surgimento e da utilidade social do curso do Direito em sua gênese no Brasil, passa-se a análise dos principais pontos na regulamentação do referido curso.

Em um período de confusão no tocante a regulamentação geral, o advento da Lei 4024/1961 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) - e da Lei 4.215/1963 serviu de base para a reforma do ensino que estava por vir através da Resolução nº 3 do Conselho Federal da Educação. No entanto, a não mais vigente resolução trouxe inovações que não foram absorvidas pela estrutura de ensino e findou sendo revogada pela portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994. Nas palavras de Silva e Serra (2017, p. 2622):

[...] trouxe um avanço significativo no cenário educacional do Direito no país, com a adoção de importantes medidas, tais como: adoção de um currículo mínimo com disciplinas regulares, perfazendo 3.300 horas de carga horária, obrigatoriedade de apresentação de monografia ao final do curso, cumprimento de carga horária com atividades complementares, obrigatoriedade no estágio de prática jurídica, bem com a criação de um “Núcleo de Prática Jurídica”.

Uma década após, o Conselho Nacional de Educação editou a resolução nº 9 de 2004, que segundo Silva e Serra (2017) foi responsável por promover alterações nas bases curriculares dos cursos jurídicos a fim de estabelecer uma ligação entre o Direito e a realidade social brasileira por meio da introdução de conteúdos como Ética, Sociologia, Filosofia, Antropologia e

outras disciplinas da área das ciências humanas na grade do curso, dando aos acadêmicos um novo perfil.

Percebe-se que, com o avanço da civilização brasileira, aumentou também a preocupação com o papel exercido pelos juristas na sociedade, não se admitindo que estes figurem apenas como um mero “operador do Direito” ou ainda como um funcionário do Estado frente às questões burocráticas, como eram outrora.

Foi então que o Conselho Nacional de Educação trouxe a mais recente inovação no campo do ensino forense, a resolução nº 5 de 17 de dezembro de 2018, que revogou expressamente a norma anteriormente vigente. Apesar de tardia, a referida norma trouxe algumas determinações as Instituições de Ensino Superior (IES) que serviram para moldar a forma de ensino jurídico que está em vigor atualmente.

Em seu artigo 2º a resolução (Brasil, 2018) trata de fixar os assuntos que deverão constar no Plano Pedagógico do Curso (PPC) e já em seu §3º informa a necessidade/obrigação de o curso de Direito estar alinhado à atividades de extensão e de iniciação à pesquisa. Por esta razão, é imprescindível que as faculdades exijam de seus estudantes carga horária complementar, que deve ser composta por atividades realizadas nestes dois campos.

Merece destaque ainda que, em seu artigo 5º (Brasil, 2018) o supracitado ato normativo prevê que a instituição deverá incluir em seu PPC conteúdos de formação geral, como Psicologia, Economia, História, e outras já presentes na resolução anterior; e também conteúdos de formação técnico-jurídica, como Direito Penal, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário e alguns outros ramos elementares da ciência jurídica.

A resolução nº 5 (Brasil, 2018) manteve ainda a obrigatoriedade de existência de Núcleos de Prática Jurídica nas Instituições de Ensino (art. 6º) e a necessidade de exigência de carga horária complementar com o fim de enriquecer o a formação profissional do graduando (art. 7º). O mesmo ocorre com o Trabalho de Conclusão de Curso (art. 11). Foi estipulado ainda a carga horária referencial de 3.700 horas para os cursos de graduação (art. 12).

O referido ato normativo, atualmente em vigor, tratou de forma satisfatória das várias questões que gravitam em volta do ensino jurídico no

país, não olvidando da imprescindível formação humanística do jurista, a qual foi mencionada nos artigos 3º e 7º do texto.

Por fim, mencione-se o fato de a grade curricular mínima do curso de Graduação em Direito sofrer recentes alterações promovidas pela resolução nº 2 de 19 de abril de 2021 (BRASIL, 2021), também do Conselho Nacional de Educação. Por meio desta norma, alterou-se o art. 5º da resolução anterior, estando previstos dentre os conteúdos da perspectiva de formação técnico jurídica as seguintes disciplinas: Direito Financeiro e Direito Digital.

A hodierna resolução teve origem no parecer CNE/CES nº 757/2020, que além da extensão do rol de disciplinas integrantes da perspectiva de formação técnico-jurídica, também buscou fortalecer o letramento digital e as práticas remotas viabilizadas por tecnologias de comunicação e informação.

Conclui-se que os mandamentos emanados do Ministério da Educação às Instituições de Ensino Superior encontram correspondência com a realidade do país e mostram-se suficientes, e o devido cumprimento destas normas basilares pelas faculdades de Direito é capaz de fornecer ao acadêmico a formação profissional que se espera de um jurista diante do contexto em que está inserida a sociedade brasileira.

## **2 O ENSINO JURÍDICO NAS REGIÕES CARIRI E CENTRO-SUL CEARENSE**

Inicialmente, faz-se imprescindível informar que, segundo consultas realizadas no sítio eletrônico do Ministério da Educação (Brasil, 2022), atualmente, existem no Brasil aproximadamente 1.900 cursos de Direito, destes 79 estão situados no Estado do Ceará, estando inclusos neste total aqueles não iniciados e os que já estão em funcionamento.

Não são raras as notícias e manchetes nas quais se evidencia a imensa quantidade de juristas no país. No entanto, deve-se atentar que essa expansão massiva dos cursos jurídicos no país pode trazer implicações à qualidade do ensino transmitido nas faculdades de Direito do Brasil.

No tocante a qualidade do ensino jurídico cearense, destaque-se que, apenas 9 dos cursos de graduação em Direito do Ceará são recomendados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A premiação é feita por meio do

selo OAB Recomenda e para serem agraciadas, as instituições de ensino devem atender a critérios de excelência, qualidade mínima de acordo com as expectativas da ordem de classe e da sociedade e, regularidade.

Para melhor compreender os moldes atuais do ensino jurídico, notadamente na região centro-sul cearense e a relevância da abordagem jusnaturalista nas academias, tomou-se como parâmetro uma das 9 instituições recomendadas pela OAB. Localizada na referida região, a Universidade Regional do Cariri oferta o curso de bacharelado em Direito em seu catálogo de graduações e seus *campi* estendem-se pelas cidades de Iguatu, Campos Sales, Crato, Missão Velha e Juazeiro do Norte, conforme dados constantes no *site* da instituição.

O objetivo precípua dos autores desta obra foi consultar, através de questionários eletrônicos, as coordenações dos cursos em funcionamento nas duas áreas supramencionadas. Todavia, não foi possível obter dados para as instituições, seja por ausência de respostas às questões fornecidas ou por ausência de fontes nas páginas dos cursos de Direito. Optou-se por manter uma descrição ampla, contudo focada no “estudo de caso”, pois existe proximidade geográfica, socioeconômica e cultural entre os dois territórios, conforme se pode notar nas ilustrações seguintes (divisão política do Cariri e do Centro-Sul).

**Figura 1:** Mapa da região do Cariri (Ceará, Brasil)



Fonte: Google Imagens

**FIGURA 2:** Mapa da região Centro-Sul (Ceará, Brasil)

Fonte: Google Imagens.

Em pesquisa com a coordenadora do curso de Direito da referida instituição de ensino representante da região, buscou-se coletar informações relacionadas ao funcionamento do *campus* da cidade de Iguatu e também dados referentes aos alunos matriculados, disciplinas ofertadas e sobre como é recebida e percebida a corrente jusnaturalista pela faculdade representante da região.

Pelos dados coletados, extrai-se que a instituição oferta disciplinas introdutórias e ligadas a formação humanística do profissional, a saber, Filosofia e Teoria Geral do Direito. Ressalte-se ainda que, conforme exposto na seção anterior, a regulamentação atual do curso de graduação em Direito busca tornar os estudantes mais que “operadores da lei”, capacitando-os para interpretar a realidade social que se inserem e compreender a lógica de nascimento das normas. Neste ponto reside a importância das disciplinas acima mencionadas na grade curricular da graduação do jurista.

Nesta toada, Celso Neto (2010) leciona que

Parece, mais que tudo, inaceitável que a formação de futuros advogados, e outros operadores da Justiça, se faça com base em códigos comentados, limitando (praticamente inibindo) o raciocínio do aluno, que não aprende os pressupostos do Direito ou da lei, mas aquilo que *está em vigor*, na jurisprudência e na doutrina. Com base neles, ensina-se o momento, mas não se estimula o uso do *pensamento*, do *questionamento*, para a possível *inovação doutrinária* causa primordial da evolução da Ciência Jurídica, sem o que nada se acrescenta ou se constrói. Contribui-se, isto sim, para a potencial e indesejável *estagnação* do Direito pátrio.

Complementando a lição acima, Encarnação (1995) ao criticar a formação formalista e fechada para fenômenos sociais, ministra que a ciência jurídica se torna estagnada em seu propósito, enquanto técnica esvaziada. Deixa de considerar sua gênese no âmago do seu “ser social” e não guarda correspondência com a realidade cotidiana do viver em sociedade.

Foi apontado ainda pela coordenadora do curso jurídico da Universidade Regional do Cariri a importância do ensino do Direito Natural aos aspirantes à função de jurista, uma vez que o jusnaturalismo integra a base da teoria do Direito.

Neste sentido, cabe pontuar ainda a posição majoritária da literatura jurídica acerca do eixo jusnaturalismo-juspositivismo que embasa a educação jurídica transmitida nas faculdades de Direito no mundo todo. Apesar de reconhecer a relevância e a contribuição das ditas correntes jurisprudências, Celso Neto (2010) sustenta a necessidade de superação desta dicotomia ao afirmar que a complexidade social moderna não mais pode ser “explicada e muito menos solucionada apenas por normas estatais ou ideais transcendentais”. Daí a insuficiência das duas teorias na fundamentação de uma verdadeira práxis jurídica.

Foi explicitado pela gestora do curso de Direito da universidade a necessidade do futuro bacharel em Direito imergir-se em profundas reflexões acerca da teoria geral da ciência jurídica e dos seus métodos interpretativos, sob pena de tornar-se incapaz de exercer a profissão, haja vista a imprescindibilidade da profunda leitura sobre direitos humanos, separação dos poderes e a participação do Estado nas relações jurídicas.

Bastos (1981, p. 66), seguindo a mesma linha de pensamento fomentada pela coordenadora, ministra que a pragmática do ensino jurídico “não incentiva a percepção e compreensão normativa da vida social no seu processo de mudança, mas transmite um conhecimento abstrato e, por ser dogmático, desvincula-se de suas referências de realidade”.

No que tange as metodologias de avaliação adotadas pela instituição de ensino, por meio do questionário virtual aplicado, a representante da URCA destacou ainda que a avaliação do processo ensino-aprendizagem deve ser um fenômeno de responsabilidade compartilhada entre discentes e docentes, a fim de que o estudante compreenda todo o procedimento avaliativo. O regime de

ensino na faculdade é o semestral e adota ainda a integralização curricular de acordo com Estatutos, Regimento Geral que será desenvolvida segundo o PPC aprovado pelas instâncias superiores da IES e que levará em conta a interdisciplinaridade e transversalidade entre disciplinas com vista à formação multidisciplinar do discente.

A partir desta amostra do ensino na região centro sul, depreende-se a necessidade de ensino do jusnaturalismo nas escolas, fator esse que tem sido apontado pelos próprios gestores e professores das instituições de ensino, como no caso sob análise.

### **3 O ESPAÇO DA TEORIA E DA FILOSOFIA DO DIREITO NAS FACULDADES/UNIVERSIDADES: POSIÇÃO DOS ESTUDANTES, DOS COORDENADORES E DOS PROFESSORES**

Buscar o conhecimento é a incessante tentativa de aprofundar um saber não-óbvio, é construção de relações sujeito-objeto. As interações humanas foram, desde, pelo menos, a invenção da escrita, mediadas por uma necessidade cognitiva evidenciada na solução de problemas e de verdade. O que fazem os estudantes e professores em sala, quando pretendem transformar uma realidade? A resposta uniforme, sentimos, não pode ser encontrada sem composição contextualizada de particularidades que, longe de restarem simples, refletem o esgotamento de uma ética normativa basilar, a saber, aquela dos velhos planos hierarquizados – alguns juristas abandonaram a dogmática e não foram seguidos pela “maioria” a negligenciar as operações necessariamente científicas das obras jurídicas eruditas.

As mudanças epistemológicas e marcos teóricos vigentes não bastaram para trasladar o social para o jurídico, na busca por uma objetividade dos certames e da pragmática, corrompe-se a racionalidade sublime e “natural” da apreensão antrópica dos objetos. Conforme Santana (2015, p. 9), destacando a crise de experiência, “Com relação ao Direito, os alunos não estão aprendendo (...) a elaborarem trabalhos acadêmicos de acordo com o que os docentes esperam”, fazem ‘de qualquer jeito’ nas faculdades e universidades, “a não ser que tenham ajuda, porque muitos não querem aprender e não

fazem questão de buscar as fontes necessárias para enriquecer o seu aprendizado.” O apoio intelectual, embora significativo, não reduz nem substitui a capacidade debatida sobre as formas de compreender e saber autônomo. Os acadêmicos devem aprender Direito – não meros conceitos. As etapas metodológicas<sup>2</sup> expostas por Bunge (*apud* Santana, 2015, p. 15) visam classificar e condicionar os passos de descoberta investigativa que, com o devido ato cautelar, poderia ser transferido para uma ciência causal das finalidades do Direito: para que servem as leis no caso concreto? A elaboração falada-escrita, de oratória e documentos, deve ser exigida como favorecimento profissional e de crescimento profissional.

O investimento em pesquisa jurídica, notadamente nas áreas “propedêuticas”, tem sido escasso. Falta de tempo, precarização das instituições e limitações de ordem estrutural são alguns dos fatores que levam a Teoria e a Filosofia do Direito a um lugar de coadjuvância nas grades curriculares. Disciplinas ofertadas, em regra, no primeiro ano do bacharelado, costuma ser vistas com suspeita por muitos alunos, como algo que “não cai na OAB” ou não é tão impactante na formação.

Em estudos que estes autores prepararam para reuniões do NDE (Núcleo Docente Estruturante) da instituição na qual atual, percebeu-se, em diversas IES públicas e privadas do país, a retirada de uma ou outra (TGD ou Filosofia) do rol de matérias obrigatórias em alguns cursos e como as exceções revelam, por coincidência ou não, uma preocupação maior com a formação humanística em nichos de excelência das cinco regiões geográficas brasileiras. Foi possível verificar a necessidade de implantação, desde os PPCs– Projetos Políticos-Pedagógicos – de formas interdisciplinares vinculando o dia a dia com a profundidade das questões hodiernas.

---

<sup>2</sup> “Etapa 1 –Descobrimento do problema, a lacuna num conjunto de conhecimentos. Etapa 2 – Colocação precisa do problema. Etapa 3 – Procura de conhecimentos ou instrumentos relevantes ao problema. Etapa 4 – Tentativa de solução do problema com o auxílio dos meios identificados. Etapa 5 – Invenção de novas ideias (hipóteses, teorias ou técnicas) ou produção de novos dados empíricos. Etapa 6 –Obtenção de uma solução próxima ou exata para o problema. Etapa 7 – Investigação das consequências da solução obtida. Etapa 8 – Prova (comprovação) da solução. Etapa 9 – Correção das hipóteses, teorias, procedimentos ou dados empregados na obtenção da solução incorreta.

Efeito nocivo da menor inserção crítica (que será abordada no próximo tópico) do dever-ser é a ruptura qualitativa<sup>3</sup> – refletida, paradoxalmente, nas “provas” de fim de graduação (Blog Exame de Ordem, 2015). Por outro lado, o grande número de graduados “com o diploma na mão”, destacado *supra* ao longo deste ensaio, reforça a necessária criação de vínculos entre professor e estudante.

O docente é um “parceiro” na construção de vidas e na transformação de sentidos para uma mudança tecno-laboral. “Apostar” nos alunos é valorizá-los e respeitá-los como adultos de sua época, destacando o caráter formativo não apenas como um “serviço” prestado, antes, atribuindo função social e democrática às turmas que desenvolvem atividades e seguem etapas com vislumbre no desenvolvimento. O docente vive na endogenia do presente-passado e na exogenia do futuro, disputando atenção e expansão das mentes. O saber não é uma mercadoria, mas um caminho evolutivo para a humanidade e, no caso do Direito, um modo de tomar consciência de si e do outro na luta pelos bens vitais. “Educação, mais que adestramento para a eternização de valores estabelecidos, é um processo. E nesse processo, há o encontro com o incerto, eclodem as mudanças, surge o novo” (Costa, 2016).

A motivação<sup>4</sup> pela escolha do curso de Direito, relatada em pesquisas recentes, é indício de contornos cuja função terá de ser analisada durante

---

<sup>3</sup> Na dicção de Rafael Tomaz de Oliveira e Victor Drummond, a decadência cultural e a falência nacional (dos EUA dos anos 1970-80) e o *boom* do consumo no Brasil da última década favoreceram o processo de massificação no qual “quem faz não cria e quem cria não faz”. O diploma virou produto – para aproximadamente 800 mil pessoas anualmente(?) Todos almejando “ganhar mais” e, raramente, focadas no labor intelectual. “O senhor só dá aula ou trabalha também”, pergunta recorrente e cujo valor simbólico é insuspeito. Entre cadernos e resumos, esquemas e macetes para aprovação nas disciplinas, passam-se 5 anos, em média, pelos quais há um senso comum “facilitador” ou supostamente redutor da gastronomia literária “fast food” jurídica. “Enquanto o estudante médio do curso de Direito se preocupa em ser aprovado de uma vez em matérias que presume inúteis como Filosofia do Direito e Introdução ao Estudo do Direito para chegar logo ao que importa, que, em geral, significa estudar o Direito Penal, o estudante de engenharia é reprovado uma, duas ou três vezes em Cálculo que, afinal é mesmo uma disciplina difícil.” (BOG EXAME DE ORDEM, 2016)

<sup>4</sup> As proporções apresentadas por Santana (2015, p. 38) em plano muito específico – o perfil de uma instituição privada – bem poderiam ser objeto, em outros trabalhos, de análise comparativa. “31,58% relataram que querem exercer a profissão, 42,11% porque pretendem passar em um concurso público na carreira jurídica, 15,79% dos discentes responderam que querem passar em um concurso público em geral, 5,26% porque querem ser docentes, 12,28% disseram que pela influência dos pais, 1,75% desejam estudar direito porque pretendem conhecer a lei por causa própria, 15,79% porque desejam ascensão na carreira profissional e 3,51% estudam direito pelo prestígio social.”. Nota-se uma inconciliável mescla de pareceres quanto ao curso de Direito ser ou não suficientemente apto a preparar o aluno para os desafios da jornada profissional. Desde “isentar” a faculdade e priorizar o indivíduo

preparações e encontros pedagógicos. Os elevados salários da carreira são contrapostos pela alegada saturação do mercado.

Igualmente múltipla é a conjuntura de visões sobre grade curricular, exame de Ordem e preparação continuada após a obtenção do nível superior. Presumível torna-se imaginar que, noutros modelos de abordagem, respostas próximas seriam obtidas. O estudo empírico quali-quantitativo é tarefa que, dadas as limitações do recorte investigativo adotado neste texto, não se tornou viável, constituindo preparação necessária em oportunidade diversa.

#### **4 BREVE REFLEXÃO SOBRE O FUTURO DO DEVER-SER**

A concepção filosófica da democracia tem tudo a ver com a capacidade de lidar com a dinâmica relevante da cultura jurídica. O papel do dever-ser é incessantemente intentar modificações nos arranjos estruturais – pelo que ontologia, epistemologia e ética direcionada (includente e participante) convergem. Entender modelos aplicáveis na própria descrição dos dilemas relacionados ao pensamento é admitir a fundamentalidade da essência (o que é/pode tornar-se) uma decisão ou respaldo de valores qualificados como responsáveis pelo argumento útil.

Se a dogmática cede espaço à abertura do direito, como preleciona Melkevik, o direito migra do “dado” factual para o critério prescritivo. O lugar mental de se fazer, por exemplo, uma sentença, torna-se mais implícito e reconhecível. Acima de tudo, há um cerne de apropriação – teoria geral – das ponderações e legitimações evidenciadas no reconhecimento da construção reflexiva do legislador ou do magistrado. “A lição a ser aprendida com a moderna Filosofia do Direito reside no conceito de “direito-sujeito”, o qual identifica claramente o direito a partir da construção filosófica de um sujeito e suas qualidades intrínsecas, tais como a autonomia, a dignidade, a vontade etc.” (Melkevik, 2011, p. 21-22)

A controvérsia direito-verbo/direito-sujeito manterá fôlego, assim como as configurações de perspectiva. O fator incômodo da imprevisibilidade de

---

até “culpar o excesso de teoria”, no limiar, para ser um melhor construtor de ideias jurídicas é necessário estar sempre atualizado e disposto a perceber e desenvolver habilidades diferentes, nem sempre inatas.

condutas torna, em efeito, necessária a regra e subjaz na disputa entre antigos e modernos. Por outro lado, a separação entre epistemologia do observador e do participante não devem, sob pena de um maniqueísmo arriscado, ser tratadas como psicologicamente antagônicas na atribuição de papéis para os atores jurídicos, que são reconhecidos como tais, cumpridores e originadores das “regras” do jogo do Direito posto e flertam com uma espécie de “vontade” jurídica pressuposta.

A teleologia é inerente à função social de bom alvitre exercida pelas concepções convencionais de civilização e obrigação individual, para que os benefícios sejam gozados é preciso obediência ao soberano. Seria o idealismo racional um naturalismo disfarçado na crítica velada pelo desenrolar de suposições e códigos? “Muito cedo os modernos privilegiaram conceitos como os de “razão”, “vontade”, “autonomia”, “contrato social” e vários outros, mas, de maneira geral, adotam o paradigma dos direitos subjetivos como medida de seu ideal” (Melkevik, 2011, p. 27)<sup>5</sup>.

A reativa fundação dos parâmetros jurídicos em disputa mensura o legado dos operadores de instituições e instrumentos legais como “palavra-passe” de atos. São elencados campos abertos de sentido, como “defesa da vida”, “cidadania” e “direitos” sem que se afirme peremptoriamente o que tudo isso levará à exaustão. Sob termos apazíveis há severa carga disruptiva e raramente compreensível ao leigo. O pensamento norma do deve ser, para justificar-se efetivamente, pluridisciplinar e vivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As bases do ensino jurídico, convencionalmente tradicionalista, foram postas em xeque por autores e correntes de investigação marcadamente orientadas por um inconformismo quanto às segmentações da vida produtiva e imediatista pautada em valores monetários. Na divisão positivismo/pós-positivismo (algo sem definição estanque), a natureza do “justo” passa a ressuscitar.

---

<sup>5</sup> Cfr, com profundidade, Chahrur, 2011, para quem as relações entre ser e dever-ser são, em realidade, interconexões entre natureza e cultura.

Considera-se produtora a abordagem tecnológica da informação e coordenação dos componentes de matriz nas Faculdades brasileiras, não obstante, o reconhecimento de antinomias e sinuosidades no caminho seja vaticinada pelos mais de 1300 cursos jurídicos no país. A suposição de “elitismo” cai por terra num cenário desagregador, na esperança pelo concurso como “lugar de estabilidade” financeira e pela já retratada mercantilização dos certificados.

Fortalecer pesquisas com sujeitos interessados, despindo-se do puro crítico rotulador, exsurge como senda necessária. Na época das incertezas, o cambiante mundo das universidades dá o tom segundo o passo das gerações que poderão, sem embargo, revolucionar e aperfeiçoar o modelo garantidor da tríplice virtude: igualitária, libertadora pela dignidade e fraterna – nas mentes e postulações.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Aurélio Wander. ENSINO JURÍDICO: TÓPICOS PARA ESTUDO E ANÁLISE. **Revistas CCJ**, [s. l.], ano 2, n. 4, p. 59-72, 1981. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/17155/15713>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BLOG EXAME DE ORDEM. “**O estudante médio de direito não gosta de ler!**” uma crítica ao ensino jurídico “standard” no Brasil. 2016. Disponível em: <<https://blogexamedeordem.com.br/o-estudante-medio-de-direito-nao-gosta-de-ler-uma-critica-ao-ensino-juridico-standard-no-brasil-6fc191da-d3a7-4eda-ba50-69402587e340>>. Acesso em 30. nov. 2022.

BRASI. Ministério da Educação. 2022. [**legislação, notícias e instruções normativas diversas**]. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/>>.

CHHRUR, Alan Ibn. Filosofia do direito: uma questão preliminar. In: **Em tempo**, v. 10, 2011.

CONSELHO NACIONAL DA EDUCAÇÃO. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. **Resolução nº 5, de 17 de Dezembro de 2018**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>>. Acesso em: 30 de novembro de 2022.

\_\_\_\_\_. Altera o art. 5º da Resolução CNE/CES nº 5/2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito.

**Resolução nº 2, de 19 de abril de 2021.** Disponível em:

[https://normativasconselhos.mec.gov.br/normativa/view/CNE\\_RES\\_CNECES N22021.pdf](https://normativasconselhos.mec.gov.br/normativa/view/CNE_RES_CNECES N22021.pdf). Acesso em: 01 de dez de 2022.

COSTA, Carlos. **O papel do docente hoje é fazer parceria com os alunos.**

2015. Disponível em:

<<https://www.revistaensinosuperior.gr.unicamp.br/artigos/o-papel-do-docente-hoje-e-fazer-parceria-com-os-alunos>>. Acesso em 30. nov. 2022.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. A questão do ensino jurídico. In:

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. MACIEL, Getulino do Espírito Santo (orgs.).

**Seis temas sobre o ensino jurídico.** São Paulo: Cabral, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 207.

MELKEVIK, Bjarne. O conceito de direito e reflexão filosófica contemporânea.

In: **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 102, pp. 13-35, 2011.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior Cadastro e-MEC**, s.l., online. Disponível em:

<<https://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

NETO, João Celso. **Ensino jurídico no Brasil:** Algumas considerações, s.l., 01 de jan. 2002. Disponível em :<

<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=3364>>. Acesso em: 30 nov. 2022.

RODRIGUES, Horácio W. Ensino jurídico e direito alternativo. In.: CELSO

NETO, João. **Ensino jurídico no Brasil:** Algumas considerações. Disponível

em: <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=3364>>. Acesso em: 30 mar. 2010.

SANTANA, Sheila. Campos. **A metodologia de ensino nas faculdades de**

**direito:** uma análise sobre o ensino. 57 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015.

SILVA, Artenira da Silva e; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Juristas ou

técnicos legalistas? Reflexões sobre o ensino jurídico no brasil. **Revista**

**Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, nº. 04, p. 2616-2636, 2017. DOI:

<https://doi.org/10.12957/rqi.2017.28197>. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28197>>. Acesso em: 01 de dez. 2022.

SOLA, Diogo Diniz Lopes; FORISTIERI, Vinicius Miranda. ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: CRÍTICAS E SUGESTÕES. **Revista F@pciência**, Apucarana – PR, v. 8, n. 10, p. 89-98, 2011. Disponível em: <[https://www.fap.com.br/fap-ciencia/edicao\\_2011/010.pdf](https://www.fap.com.br/fap-ciencia/edicao_2011/010.pdf)>. Acesso em: 1 dez. 2022.

Recebido em: 25/09/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-10788



## OS PRAZOS DE VIGÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO: O CONFLITO ENTRE A LINDB E A LEI COMPLEMENTAR N° 95

### THE TERMS OF VALIDITY AND APPLICATION IN BRAZILIAN LAW: THE CONFLICT BETWEEN LINDB AND COMPLEMENTARY LAW N° 95

*Alexandre Walmott  
Borges*

Doutor em direito. Doutor em história.  
Professor da UFU, Brasil, curso de  
graduação em direito, curso de  
graduação em relações internacionais,  
programa de pós-graduação em direito,  
programa de pós-graduação em  
biocombustíveis. Professor visitantes do  
programa de pós-graduação em direito,  
UNESP, Brasil.

[walmott@gmail.com](mailto:walmott@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0001-8767-5542>

*Moacir Henrique Júnior*

Doutor em Direito e Doutor em Ciência  
Política, ambos pela Universidade de  
Barcelona (2019). Professor efetivo do  
Departamento de Ciências Sociais  
Aplicadas, na Unidade Frutal,  
Universidade do Estado de Minas Gerais  
– UEMG, Brasil. Associado da  
ABRACRIM.

[walmott@gmail.com](mailto:walmott@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-7226-8706>

*Nery dos Santos de  
Assis*

Doutorando em Ciência e Tecnologia de  
Biocombustíveis pela UFU, mestre em  
Ciências Sociais pela UNESP, graduado  
em Direito pelo UNIVEM. Professor da  
pós-graduação em direito do IEC da PUC  
Minas-BH, professor da graduação em  
direito do IMEPAC-Araguari, Brasil.

[assis.ns@icloud.com](mailto:assis.ns@icloud.com)

<https://orcid.org/0000-0002-1661-7318>

**RESUMO:** Há o conflito entre os prazos para a vigência das leis, no Brasil, definidos na Lei complementar nº 95, de 1998, e na LINDB, de 1942? O trabalho explora os diferentes prazos previstos nas duas leis para a vigência das normas no direito brasileiro. O ponto de problematização é o de que a LC nº 95 estipula a regra geral de vigência imediata enquanto a LINDB estipula como regra geral o prazo de vacância da lei de 45 dias. A opção metodológica do trabalho é de exploração temática na dogmática jurídica analítica, buscando solução para a antinomia entre as duas normas. Esta exploração contou como fontes com a legislação e a doutrina. A conclusão do trabalho é pela prevalência da LC nº 95 e dos prazos ali previstos.

**PALAVRA-CHAVE:** Vigência das leis no Brasil; Conflito entre os prazos; LINDB/1942; LC nº 95.

**ABSTRACT:** Is there a conflict between the deadlines for the validity of the laws in Brazil, defined in Complementary Law No. 95, of 1998, and in LINDB, of 1942? The work analyzes the different deadlines provided for in the two laws for the validity of the norms in Brazilian law. The point of problematization is that LC No. 95 stipulates the general rule of immediate validity while the LINDB stipulates as a general rule the period of vacancy of the law of 45 days. The methodological option of the work is of thematic exploration in the analytical legal theory, seeking a solution to the antinomy between the two norms. This exploration relied as sources with legislation and doctrine. The conclusion of the study is due to the prevalence of LC No. 95 and the deadlines set forth therein.

**KEYWORDS:** Conflict between the deadlines; Validity of the laws in Brazil; LINDB, of 1942; Complementary Law No. 95.

**Como citar:** BORGES, Alexandre Walmott; HENRIQUE JÚNIOR, Moacir; ASSIS, Nery dos Santos de. Os Prazos de Vigência no Direito Brasileiro: O Conflito Entre a Lindb e a Lei Complementar N° 95. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 551-570, 2024.

## INTRODUÇÃO

O prazo para a vigência das normas é um elemento fundamental no direito, pois define a exigibilidade imediata ou não de uma norma, impactando diretamente na aplicação da legislação. No Brasil, há uma divergência entre os prazos previstos em duas normas fundamentais: a Lei Complementar nº 95, de 1998, e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), de 1942. Enquanto a LC nº 95 estabelece, como regra geral, a vigência imediata das leis, a LINDB determina um prazo de vacância de 45 dias. Esse conflito entre as duas legislações gera uma problemática quanto à definição do prazo a ser adotado para a vigência das normas no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo desta pesquisa é analisar e esclarecer a antinomia entre os prazos estabelecidos pela LC nº 95 e pela LINDB, buscando uma solução normativa que defina qual norma deve prevalecer. Para isso, a pesquisa adota uma abordagem dogmática analítica, explorando a natureza das duas normas e aplicando os critérios cronológicos e hierárquicos para a resolução do conflito. A conclusão aponta para a prevalência da LC nº 95 e dos prazos ali definidos, defendendo a adoção desses prazos como padrão para a vigência das leis no Brasil, considerando os aspectos ambientais e os elementos temporais da legislação.

A questão da vigência das leis tem impacto significativo no cotidiano jurídico, especialmente no que diz respeito à adaptação e à aplicação das normas recém-criadas. O prazo de vacância estipulado pela LINDB, que impõe uma transição entre a publicação e a efetiva exigibilidade da norma, busca garantir que os sujeitos de direito tenham tempo para se adaptar às novas disposições legais. Por outro lado, a regra da vigência imediata da LC nº 95 visa proporcionar maior celeridade na aplicação das leis, permitindo que a mudança normativa tenha efeito direto e imediato. A análise dessa tensão entre os prazos e a necessidade de se adotar um prazo standardizado, portanto, não se limita a uma questão técnica, mas envolve uma reflexão sobre o equilíbrio entre segurança jurídica, celeridade processual e a proteção dos direitos dos cidadãos.

## 1 VIGÊNCIA E A CONTEXTUALIZAÇÃO DAS REGRAS DE VIGÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

A vigência de normas é o fenômeno regrador do tempo no qual a norma jurídica pode produzir os seus efeitos de estabelecer e impor padrões de comportamento. A vigência também tem o sentido de metalinguagem se se tomam as regras que regulam o tempo de vigência de outras normas. Há normas que têm por objeto a definição do tempo de vigência de outras normas. A vigência é o efeito correlato da validade de uma norma no sistema jurídico. Uma vez válida, a norma jurídica deve produzir os efeitos no tempo (Montoro, 1997 pp. 389-390) (Ferraz Jr., 2001 pp. 193-194).<sup>2</sup>

No direito brasileiro há normas que são as normas orientadoras da vigência de outras normas:<sup>3</sup>

a) A constituição nacional tem várias normas definidoras de tempo de vigência das normas como, por exemplo, limitações temporais de início de vigência de normas tributárias, de normas eleitorais, entre tantas;<sup>4</sup>

b) No código penal há normas regulando a vigência de normas como, por exemplo, o art. 3º que trata da vigência de normas temporárias;<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Há a discussão mais ampla sobre todos os aspectos temporais das normas, num ordenamento, que é o campo do direito intertemporal. Para o objeto deste artigo não há a necessidade de abordagem sobre todo o fenômeno da intertemporalidade que envolve, além da vigência, efeitos ultra, retro e imediatos dos efeitos das normas, no tempo (Friede, 2020, p. passim; Martins, 2016, *passim*).

<sup>3</sup> A vigência pode ser entendida como uma subespécie de validade, a validade temporal (como qualidade da norma em sequência à validade formal). Efetivadas e concretizadas as fases processuais de proposta, constituição e publicação, a norma tem a sua existência sistêmica: a validade formal. Esse existir deverá apresentar, com a publicação, uma coordenada temporal para a produção de efeitos concretos, ou seja, a norma apresenta vigência. Além disso, deverá expressar o rol ou a parte de texto que revogará. É interessante, pois, que a vigência se coloca como qualidade da norma que faz contato tanto com a qualidade de validade formal, como com a qualidade de produção de efeitos concretos que é a eficácia. Apta ou potencialmente colocada à produção de efeitos é a norma que entrou em vigência.

<sup>4</sup> Como exemplo o art. 16: 'Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.' Ou no art. 150: 'Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; [...] (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 1988).

<sup>5</sup> 'Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.' (BRASIL - DECRETO-LEI N° 2848 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, 1940).

c) Duas normas específicas têm o papel de normas veiculadoras de regras de metalinguagem da vigência, são a Lei de Introdução às Normas do direito brasileiro – LINDB - e a Lei Complementar nº 95 – LC nº 95; uma de 1942, com alterações posteriores, outra de 1995, com algumas poucas alterações.

Essas duas normas, a LINDB e a LC nº 95, são as normas com as regras gerais de vigência. Essas duas normas estipulam as formas gerais de vigência de todas as demais normas do ordenamento brasileiro. A vigência tem, nas duas leis, como marco de baliza do tempo a publicação da norma. A publicação é o ponto de início de contagem, seja para a vigência imediata – na data da publicação -, seja para a vigência posterior – tantos dias, meses, anos após a publicação. O período entre a publicação e a tomada de vigência, quando não há vigência imediata, é o período de vacância da lei. A razão do período de vacância da lei é de estabelecer prazo para que a sociedade tome o conhecimento da lei, tenha familiaridade com o texto publicado.

Primeiro, a LINDB tem as seguintes previsões de vigência:

a) O art. 1º tem a regra de que ‘Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.’ Esta foi a regra geral do direito brasileiro até o advento da LC nº 95, como se verá abaixo;

b) Há nos parágrafos deste artigo regras complementares como:

a. Quando se aplicar a lei brasileira em estados estrangeiros ‘se inicia três meses depois de oficialmente publicada [...]’, no § 1º;

b. A correção de publicação implica em contagem de novo prazo de vigência ‘Se, antes de entrar [...] vigor, ocorrer nova publicação [...], destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação’, no § 3º;

c. A regra da vigência indeterminada, até o advento de norma revogadora, no art. 2º ‘Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.’ (BRASIL - DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942, 1942).

Já a LC n° 95 tem os seguintes dispositivos sobre vigência:

- a) O art. 8° trata da inclusão obrigatória de cláusula de vigência:
  - a. Que ‘A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento [...]’;
  - b. Definindo a cláusula de vigência para leis de pequena repercussão ‘reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão’;

- b) E o § 2° do mesmo artigo que determina a inclusão e a forma de redação da cláusula de vigência para leis que não tenham vigência imediata ‘As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial.’ (BRASIL - LEI COMPLEMENTAR No 95, DE 26 DE FEVEREIRO DE 1998, 1998).

As duas normas têm diferença de publicação de 55 anos. E as duas normas têm tratamentos diferentes sobre a vigência de normas:

- a) A LINDB traz a ideia geral de que a regra de vigência geral no direito brasileiro é a de que toda lei entra em vigor 45 dias após a publicação da lei;
- b) Salvo se a própria lei trouxer prazo distinto de vigência;
- c) Já a LC n° 95 impõe a inclusão de cláusula de vigência em todas as leis;
- d) E que às leis de pequena repercussão reserva-se a cláusula de vigência imediata.

Há diferenças entre as normas que colocam questionamentos:

- a) Ainda existe a regra geral de vigência após 45 dias, ou a regra geral, considerando-se que a maioria das leis é de pequena repercussão, ou vale a regra da de vigência imediata?

- b) Então, na falta de disposição expressa de cláusula de vigência, vale a regra de vigência da LC n° 95, ou da LINDB, ou seja, vigência imediata ou vigência após 45 dias?

Para a solução dos questionamentos é necessário contextualizar a razão da existência dos prazos de vigência. Vai se contextualizar a razão de inclusão de regras de vigência.

## 1.1 O contexto da LINDB

A LIND foi editada no ano de 1942. Até o ano de 2010 tinha a denominação na sua ementa de lei de introdução ao código civil brasileiro (alteração pela Lei nº 12.376, ano de 2010). A Lei de introdução veio em substituição/revogação da antiga introdução ao código civil, de 1916. O texto que foi revogado pela lei de introdução tinha as seguintes disposições sobre a vigência das leis:

a) No art. 2. (não se usava o símbolo do ordinal) ‘A obrigatoriedade das leis, quando não fixem outro prazo,’ está separada:

a. Para o DF, ‘começará no Distrito Federal três dias depois de oficialmente publicadas, [...]’;

b. Nos demais estados ‘quinze dias no Estado do Rio de Janeiro, trinta dias nos Estados marítimos e no de Minas Gerais,[...]’

c. E ainda em complemento ‘cem dias nos outros, compreendidas as circunscrições não constituídas em Estados.’

b) E a disposição para a vigência nos estados estrangeiros ‘começará quatro meses depois de oficialmente publicadas na Capital Federal.’ (BRASIL - LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916, 1916).

No ano de 1916 a norma de introdução procurou definir tempo de vacância entre a publicação e a exigibilidade da lei em consideração aos meios de transporte que permitiam a chegada e o envio/despacho de documentos oficiais. Por isso a diferença de prazo de vigência entre o DF, 15 dias no então estado vizinho ao DF que era o RJ, 30 dias nos estados marítimos (presumindo-se que a comunicação aquaviária marítima permitia o envio/despacho e o conhecimento público em 30 dias), e 100 dias nos demais

estados brasileiros.<sup>6</sup> Os prazos de vacância da lei foram definidos em afinidade com os meios de comunicação da época.

A edição da lei de introdução, em 1942, traz prazos de vigência e de vacância da lei que são distintos àqueles da norma anterior/revogada:

- a) A vigência deve ser uniforme, em todo o território nacional;
- b) Ou há a vigência imediata, ou prazo definido pelo legislador, ou 45 dias na ausência de disposição expressa;
- c) A vigência/vacância não apresenta mais distinções dentro do território do estado.

Os meios de comunicação da época, década de 40, já ofereciam velocidade de conhecimento à comunidade superior à do começo do século. Subjaz à regra do art. 1º que:

- a) O legislador indicará prazo de vacância diferente daquele da regra geral (abaixo) de acordo com a conveniência e magnitude da publicação – ‘salvo disposição em contrário’;
- b) Se não houver indicação expressa vale a regra geral de vigência após 45 dias da publicação;
- c) Portanto, as leis têm como regra geral o prazo de início de vigência de 45 dias;
- d) Não há nenhuma previsão sobre vigência imediata embora presume-se como decorrência da margem discricionária do legislador a opção de prazo de vigência imediato, ou inferior aos 45 dias.

## **1.2 A Lei Complementar n° 95**

No ano de 1998 foi editada a norma específica regulamentando as técnicas de redação, elaboração, consolidação e alteração das leis do

---

<sup>6</sup> Na edição da primeira lei de introdução a divisão territorial nacional era diferente: a cidade do Rio de Janeiro era o DF; o estado do RJ tinha a capital na cidade de Niterói; o estado de MT era um só, sem o MS; o único território federal era o do Acre; não havia os territórios federais que depois se tornaram RO, RR e AP.

ordenamento brasileiro. Trata-se da Lei Complementar n° 95, de 26 de fevereiro de 1998.<sup>7 8</sup> A lei estabelece as regras para a confecção e produção dos atos normativos infraconstitucionais e Emendas à Constituição. O fundamento para a edição da lei encontra-se no artigo 59 da Constituição, em seu parágrafo único, no qual está determinado que lei complementar estipulará as técnicas de redação, elaboração, consolidação e alteração das leis.

A lei complementar coloca ao legislador a obrigação de produzir todas as normas com base nas diretrizes de forma e conteúdo redacional constantes do seu texto. Segue-se daí que as leis e outras espécies normativas devem ser formuladas e editadas de acordo com esta lei complementar.<sup>9</sup> Ao estabelecer parâmetros para a redação e elaboração de normas no ordenamento brasileiro, a Lei Complementar n° 95 pode ser entendida como norma processual, usando-se a expressão norma processual em sentido lato, como aquela norma disciplinadora da produção de outra norma (ou de outras normas) (KELSEN, 2005 pp. 182-183). E, para acrescentar, entenda-se que a Lei Complementar n° 95 tem a disciplina de inserção formal de normas no sistema, o que faz dizer que ela apresenta elementos que são os fundamentos de produção de normas. Em outras palavras, a LC n° 95 estipula formas que servem de fundamento de validade a outras normas.

O sentido de validade aqui é entendido como a qualidade de que a norma deve gozar para a inserção no sistema normativo. A validade de norma é aferida por verificação de adequação aos procedimentos de produção, às formalidades e aos ritos de produção, correção de sua apresentação e edição, participação no ato de autoridades competentes para tal e o término de sua

---

<sup>7</sup> A Lei Complementar n° 95 é dividida em capítulos – quatro - que englobam as seguintes matérias: técnicas de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis e outros atos normativos. A apresentação de assuntos, nos capítulos da Lei Complementar n° 95, envolvendo a produção normativa é bastante variada: as formas de numeração que devem apresentar os textos normativos, as formas de grafia e redação, a distribuição do texto e a estrutura nuclear do artigo (em escala ascendente com seção, capítulo, título, livro, parte, e descendente em parágrafo, inciso, alínea, item), processos de consolidação de leis e atos normativos, as formas de redação de códigos e os prazos de vigência dos textos normativos.

<sup>8</sup> A LC n° 95 sofreu alteração em seu texto pela Lei Complementar n° 107, de 26 de abril de 2001.

<sup>9</sup> A regulamentação da Lei Complementar n° 95 foi concretizada pelo Decreto n° 2.954, de 29 de janeiro de 1999, descendo aos mais detalhados passos na confecção, tramitação, redação e processamento de atos normativos do Executivo, que posteriormente foi substituído pelo Decreto n° 4.176 de 28 de março de 2002, que por sua vez foi revogado pelo Decreto n° 9.191 de 1° de novembro de 2017.

fase de produção com a participação de autoridade, ou autoridades, também competentes para o seu anúncio público (sanção e promulgação).

Articulando-se as informações dos dois parágrafos antecedentes entende-se por que motivos a LC n° 95 é norma processual: é a norma reguladora do processo constituinte derivado e do processo legislativo. A informação de sua natureza processual traz, porém, a necessidade de detalhar a fase do processo, ou a qualidade e natureza de procedimentos e atos afetados pela LC n° 95. O sentido de validade como a qualidade de produção, constituição e formação de norma (ou normas) coloca o acento da validade no aspecto formal. Isso quer dizer que a LC n° 95 regula alguns momentos ou elementos específicos de validade formal de outras normas. Oportunamente, declare-se que o texto não descarta de outros aspectos nos quais pode ser abordada a validade: a conformidade ao conteúdo da norma superior (validade material) e a conformidade aos parâmetros dos valores do sistema (validade axiológica). Tais abordagens, de menção obrigatória, são de relevo na abordagem final do presente texto.

Dentre as várias regulações apresentadas pela Lei Complementar n° 95, na redação e elaboração legislativa, destacam-se aquelas pertinentes à inserção temporal do texto normativo no sistema:<sup>10</sup>

a) Como o ato de publicação é matéria relacionada à técnica e redação legislativas, a LC n° 95 trata da forma que deve ser expresso o tempo de vigência do texto normativo, a chamada cláusula de vigência: ‘ Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa’;

b) Portanto, a LC n° 95 serve de norma fundamento para os prazos de validade temporal no sistema brasileiro ao incluir disposição sobre como determinar esse prazo, no acima mencionado art. 8º;

c) Além da acima mencionada obrigatoriedade da cláusula de vigência, a LC n° 95 traz outros detalhamentos sobre a vigência, no art. 8º:

---

<sup>10</sup> Como o ato de publicação é matéria relacionada à técnica e ao processo de redação legislativas, a LC n° 95 determina que o texto normativo deve compreender três partes: a parte preliminar do texto normativo, a parte normativa e a parte final – artigo 3º da LC n° 95. Na parte final deverão constar, entre outros assuntos de determinação obrigatória, as cláusulas de vigência e de revogação.

- a. 'A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento';
- b. 'reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.' (BRASIL - LEI COMPLEMENTAR No 95, DE 26 DE FEVEREIRO DE 1998, 1998)

Os detalhamentos de vigência determinados pela LC n° 95 é que mostram como ela tem as regras de vigência no ordenamento brasileiro. A compreensão da função e papel da lei complementar permitem sustentar a afirmação de que ela, e não a LINDB, deve ser seguida para a definição de prazos de vigência.

### **1.3 As regras de vigência da LC n° 95**

Esse conteúdo de vigência das normas no Direito brasileiro, expresso na LC n° 95, merece uma decomposição para melhor análise:

- a) Há a obrigatoriedade da cláusula de vigência ser expressa - a vigência da lei será indicada de forma expressa -, não se admitindo silêncios ou cláusulas de vigências adscritas ou implícitas (em confronto com o art. 1° da LINDB que aventa a hipótese de não ser colocada a cláusula de vigência e valer a vacância de 45 dias);
- b) Há a indicação substantiva e de estimativa para a definição desse prazo - *e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento*;
- c) Há a determinação de que leis de pequena repercussão tenham vigência imediata - reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão;
- d) Sobre a imediata ou mediata vigência das normas, a LC n° 95 realiza um corte entre duas categorias de textos normativos:
  - i. Aqueles de grande repercussão, englobando matérias de relevo para a sociedade e que demandam fases transitórias e de adaptação;

esses textos, segundo a lei, apresentarão prazo a ser definido pela estimativa do legislador ou autoridade produtora para que a sociedade tenha conhecimento;

ii. Outros textos legais, chamados de textos para matérias de pequena repercussão, deverão apresentar cláusula de vigência imediata, vigorando a partir da publicação;

e) Como a rotina é a de produção de atos de pequena repercussão, em sua imensa maioria as normas serão editadas, como regra geral, com cláusula de vigência imediata;

f) Com todas as informações acima expostas, a regra do direito brasileiro é:

i. A regra é, no ordenamento, a vigência imediata da norma;

ii. A exceção é a vigência mediata.

O trecho da LC n° 95 que diz que é ‘reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão’, não é comando indicativo, simples mensagem de conselho ao legislador que irá produzir o texto normativo. Como a LC n° 95 determina as regras de redação legislativa esta deve ser seguida: impõe ao legislador a determinação de vigência imediata aos textos normativos de pequena repercussão.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Há outra determinação de valer temporal dos textos normativos inserida na LC n° 95. Para ser exato, a Lei Complementar n° 107, alterando a LC n° 95, determina a fórmula de contagem dos prazos, a precisão do período de *vacatio legis*. Talvez tenha sido pouco comentado que esse comando autonomizou o prazo de vigência das leis em vacância, não dependendo mais de aplicações analógicas de prazos processuais ou civis. O § 1° do artigo 8° da LC n° 95 estabelece que as leis com período de vacância terão o prazo contado com inclusão do dia da publicação e do último dia do prazo, vigorando no dia subsequente à consumação integral. Como disposição relacionada ao prazo de *vacatio legis*, a LC n° 95 determina que os textos normativos devem conter, em cláusula de revogação, as expressões *esta lei entra em vigor após decorridos (o número de dias) de sua publicação oficial*. Como restou saliente parágrafos acima, há a obrigatoriedade de inclusão dos prazos de vigência e, como complementação ao comando do *caput* do artigo 8° da LC n° 95, o § 2° torna mais concreta a disciplina de redação legislativa, obrigando o legislador a deixar claro o prazo de vacância.

## **1.4 As disposições da LC n° 95 em confronto com o artigo 1° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**

O princípio regulador dos prazos de vigência da lei no Brasil encontrava-se, desde a década de quarenta, no artigo 1° da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n° 4.567, de 04 de setembro de 1942): ‘Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 dias depois de oficialmente publicada’. A interpretação para este texto normativo é bastante simples:

a) O Direito brasileiro apresentava uma norma geral: a lei vigora no país 45 dias após a sua publicação; esta norma geral adequava-se às exigências de publicização de documentos legislados de acordo com os meios de comunicação disponíveis à época; ao começar com ‘salvo disposição contrária’ o texto determinava o raciocínio de norma geral e norma excepcional;

b) O texto apresentava a norma excepcional: o legislador pode estipular prazo diferenciado, desde que o faça de maneira expressa, ou seja, prazos distintos àquele dos 45 dias deveriam vir expressos; em não vindo, vale a regra geral dos 45 dias;

c) Complementando a mensagem normativa do *caput* do artigo 1° da LINDB), o § 1° estipulava que a vigência de lei brasileira, quando adotada por Estados estrangeiros, tem (ou teria) início três meses depois de sua publicação.

Cotejando os comandos do artigo 1° da LINDB percebe-se, logo, a contradição com o estatuído na LC n° 95:

a) Pela sistemática do artigo 1° da LINDB o legislador deve seguir a regra de vacância de 45 dias;

b) Na LC n° 95 há norma geral que está em conflito com o artigo 1° da LINDB: a regra é que as leis tenham vigência imediata, na data da publicação, e não 45 dias após publicadas;

c) Esta regra geral é extraída da constatação que a LC n° 95 diz que as leis de pequena repercussão têm vigência imediata; como a produção de normas é marcada por maioria de leis de pequena repercussão, projeta-se a ideia de que as leis comuns, da produção quase diária, têm vigência imediata;

d) Portanto, as regras gerais são conflituais:

i. Na LC n° 95, vigência imediata;

ii. Na LINDB, 45 dias;

Artigo 8° da LC n° 95 – determinação de vigência imediata das leis (regra geral), em confronto com o artigo 1° da LINDB – determinação de vacância de 45 dias (regra geral);

Artigo 8° da LC n° 95 – determinação de que leis de grande repercussão devem apresentar prazo de vacância razoável (determinado pelo produtor da norma), em confronto com o artigo 1° da LINDB que determina o prazo de 45 dias, indistintamente, ou qualquer prazo (inclusive a vigência imediata).

e) E o conflito nas normas excepcionais é de outra qualidade: as duas normas remetem ao legislador a definição do prazo de vacância legal; sobre a norma excepcional na LINDB e na LC n° 95, os comentários residuais:

i. Pela sistemática da LINDB, excepcionalmente, normas poderiam apresentar prazos de vacância, desde que expressos, inferiores ou superiores aos 45 dias;

ii. Por um lado, já visto, os 45 dias não devem ser aplicados às normas de pequena repercussão, pela LC n° 95;

iii. Por outro lado, como as leis de grande repercussão devem contar com prazo razoável de vacância, parece esvaziado o sentido do comando *salvo disposição contrária*, já que essas leis, obrigatoriamente, devem contar com prazo diferenciado;

iv. O que deve ser entendido é que o tratamento excepcional da LC n° 95 não é exceção ao prazo de 45 dias: é exceção à vigência imediata das leis de pequena repercussão.

v. Isso acaba levando à conclusão de que não existe mais a excepcionalidade ao prazo de 45 dias, existe a excepcionalidade à vigência imediata.

f) Na LINDB pode-se visualizar que o legislador poderia manter-se silente no texto normativo e o prazo de 45 dias seria aplicado;

g) Na nova disciplina isso não é a regra de redação legal, já que é obrigação do legislador mencionar a cláusula de vigência: imediata para as leis de pequena repercussão e mediata, ao alvedrio do legislador, para as leis de grande repercussão;

h) Está patente no texto do artigo 8º da LC nº 95 que o prazo de vigência da lei é, agora, uma obrigação do órgão produtor.

## **1.5 O conflito temporal entre LINDB e LC nº 95**

As duas normas em conflito têm cronologias distintas:

- a) O artigo 1º da LINDB é de 1942;
- b) A LC nº 95 é de 1998;
- c) Pelo critério cronológico há de prevalecer a lei mais nova, ou seja, a LC nº 95;<sup>12</sup>
- d) Portanto, a lei posterior é revogadora da disciplina anterior, por incompatibilidade entre elas;
- e) A mudança operada pela LC nº 95 é de monta: no Direito brasileiro, em síntese apertada, deve-se dizer que textos normativos de pequena repercussão devem ter a vigência estabelecida, de maneira expressa, a partir de sua publicação e que as leis de grande repercussão passam a ter vigência no prazo estipulado pelo legislador;

---

<sup>12</sup> Contextualize-se com os recursos de comunicação e publicidade disponíveis àquela época com os atuais meios para a divulgação do texto produzido. O Decreto nº 2.954 de 29 de janeiro de 1999 (nos artigos 53 a 56), em concretização à Lei Complementar nº 95, fala em divulgação dos textos normativos pela *internet*. A realidade de 42 era outra, com a utilização de outros recursos de comunicação e com outras necessidades para o conhecimento público do texto normativo.

f) E assim fica certo que o prazo de 45 dias perde a própria razão de ser;

g) E reforço ao que acima foi dito, a LC n° 95 é a norma determinada pelo parágrafo único, artigo 59 da Constituição Federal, para regulamentar a elaboração e redação de leis no Brasil.

## 1.6 A aplicação do critério hierárquico no conflito

Enfrenta-se, por último, a aplicação do critério hierárquico para a solução do conflito instalado. Não se pode determinar que a LC n° 95, espécie normativa lei complementar, seja superior, na hierarquia do ordenamento, à LINDB, espécie Decreto-Lei. Pesa o fato de que o Decreto-Lei veio a ser recepcionado, ou poderia ter sido recepcionado, como lei complementar. A aplicação do critério hierárquico deve ser visualizada com outras considerações:

a) Aplicando-se o critério hierárquico em seus quadrantes ampliados, numa perspectiva sistêmica axiológica, em que a hierarquia vai além de abordagem de disposição formal, é possível estabelecer a supremacia de uma das normas em conflito;

b) Na abordagem da hierarquia em perspectiva axiológica (também chamado de metacritério hierárquico) (Freitas, 1995 p. passim) prevalecerá a norma de maior peso ou valor, melhor escorada em princípios ou valores do ordenamento;

c) É oportuno lembrar que o choque entre as disposições da LC n° 95 e a LINDB é conflito normativo qualificado: Tanto o artigo 1° da LINDB como o artigo 8° da Lei Complementar n° 95 são vetores de outras normas;

d) O encaminhamento do conflito, e a sua solução:

i. No conflito entre as duas normas, flagra-se a ascendência da LC n° 95 por ser norma infraconstitucional adrede relacionada e constitucionalmente prevista para a redação e elaboração de leis; a LC n° 95 estabelece o regime de elaboração e redação de leis em

atenção às ordens de legislar do constituinte (parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal);

ii. A cronologia pode ser tomada como princípio e valor do sistema: a norma posterior prevalece pois o sistema é dinâmico, regulando a produção de novas normas e atendendo aos ditames e necessidades do momento histórico; a norma posterior atende aos câmbios e transformações da realidade a ser regulada;

iii. A terceira e última consideração: os valores e princípios de segurança e ordenação do Direito legislado exigem a coordenação esquemática e formalizada entre fontes e regimes jurídicos do ordenamento vigente; a adequação entre o comando do artigo 59, parágrafo único da Constituição Federal, e a LC n° 95 é patente e relacional: a LC n° 95 é a norma produzida no regime e ordenação do sistema constitucional vigente.

## **1.7 Permanência da LINDB e do seu artigo 1º?**

Encerra-se o texto com a abordagem da possível revogação do artigo 1º da LICC. Poderia o artigo 1º da LICC operar, com o advento da Lei Complementar n° 95, como norma subsidiária? Ou o artigo 1º está revogado, com o advento do artigo 8º da LC n° 95?

a) Quando houver omissão do legislador, ocorrendo inexistência formal, deixando de estipular o início de vigência da lei, aplicar-se-ia o artigo 1º da LINDB como norma subsidiária?

b) Esse cenário pode ser explicado quando se verifica que o artigo 8º da LC n° 95, como vários outros comandos, é norma na qual não se vislumbra, imediatamente, uma sanção no caso do legislador deixar de estipular a vigência da lei;

c) Noutras palavras: é obrigação do legislador estipular prazo para a vigência da lei. Não o fazendo, não estampando no texto, como agir? Certamente a ausência de menção sobre a vigência da lei é problema de forma, na redação, na produção do ato, pode acarretar a invalidade;

d) O problema central de tal tese reside no próprio conceito de norma subsidiária:

- i. A norma subsidiária existe quando há dois regimes regulados por microssistemas com princípios jurídicos diferenciados (sem serem antagônicos), que se complementam;
- ii. É plausível que a LINDB, inclusive na matéria regulada pelo artigo 1º, seja microssistema que se aplica à redação das leis nacionais, em temáticas específicas, enquanto a LC n° 95 se aplica como norma geral na redação de textos normativos;
- iii. Assim sendo, há o regime principal de redação e elaboração de leis – da LC n° 95 – e outro que se lhe aplica subsidiariamente – a LINDB;
- iv. Conteúdos específicos sobre a revogação, por exemplo, são encontrados na LINDB e servem de conteúdo ao suporte fático de várias normas da LC n° 95: o conceito de revogação é encontrado na LINDB (artigo 2º) e serve de suporte ao artigo 12, II da LC n° 95;

e) Adotando-se a posição de subsidiariedade da LINDB em relação à LC n° 95, o artigo 1º da LICC serviria de subsídio, em caso de problema na redação de texto normativo, para estabelecer o prazo de vacância (ou a vigência imediata): se uma lei de grande repercussão não trazer prazo de vigência, entende-se, por aplicação subsidiária do artigo 1º da LINDB, que a vacância seria de 45 dias.

f) Essa solução continua trazendo dois problemas sérios, recrudescendo os conflitos ao invés de resolvê-los. Primeiro, o caso das leis de pequena repercussão continua insolúvel: se o legislador produzir com vício de redação (vício de forma) vale a vigência imediata – da LC n° 95 – ou a vigência mediata de 45 dias – da LINDB?

g) Segundo, problemas de redação podem conduzir à solução de adoção de prazos presumidos? É mais condizente com o espírito da LC n° 95 que, mesmo a lei de grande repercussão, ao não apresentar expressamente prazo de vacância, subentenda-se que esse seja a vigência imediata (e não os 45 dias da LINDB);

h) O que gera enorme dificuldade na definição da LINDB como norma subsidiária, no caso do artigo 1º e de outros, é saber a qual regime diferenciado estaria direcionada tal norma? Somente às leis civis? Nessas condições, a melhor solução é interpretar que a LINDB, ao contrário de ser entendida como norma subsidiária, deve ser entendida como a norma que estabelece disposições gerais de alcance a todo ordenamento, sendo norma de integração, coexistindo com a LC nº 95. Mas, na continuação da exploração da natureza de norma subsidiária da LINDB, volta-se, então, ao conflito parcial entre os dois diplomas – a LINDB e a LC nº 95 – entre os artigos 1º e 8º, no prazo de vigência e vacância da vigência;

i) Na conclusão ganha força a ideia de que a LINDB é norma de integração, e não subsidiária, e o conflito entre o artigo 8º da LC nº 95 e o artigo 1º da LINDB resolve-se pela prevalência do mais recente, operando-se a revogação do artigo da lei anterior. Com isso consagra-se o novo padrão jurídico para a vigência das leis no Direito brasileiro:

- i. vigência imediata nas leis de pequena repercussão;
- ii. vigência a ser definida pelo órgão produtor no caso de leis de grande repercussão;
- iii. reconhecimento de vício de redação nos casos de ausência de previsão expressa do legislador.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A problemática envolvendo os prazos de vigência das leis, conforme estabelecido pela LINDB e pela LC nº 95, demanda uma solução que harmonize as disposições conflitantes entre as duas normas. Para resolver essa antinomia, o critério cronológico de solução de conflitos se revelou o mais adequado, uma vez que ele se baseia na regra de que a norma posterior revoga a anterior, a menos que haja uma disposição contrária explícita. No caso em questão, a LC nº 95, que foi promulgada em consonância com o sistema constitucional vigente e os princípios do direito contemporâneo, deve prevalecer sobre a LINDB, que é uma norma anterior.

Nesse cenário, o artigo 1º da LINDB, que define o prazo de vacância de 45 dias, perde sua eficácia em face da regra mais recente da LC n° 95, que estabelece a vigência imediata das normas. Não se pode admitir a coexistência de duas normas conflitantes dentro do mesmo ordenamento jurídico, pois isso geraria insegurança e ineficiência na aplicação das leis. O princípio da segurança jurídica e da celeridade legislativa, que busca a eficácia imediata das normas para garantir a estabilidade e a previsibilidade no ordenamento jurídico, reforça a escolha pela LC n° 95 como a norma que deve regular os prazos de vigência no Brasil.

Dessa forma, conclui-se que o regime de vigência definido pelo artigo 8º da LC n° 95 deve ser adotado como regra geral no direito brasileiro. Esse regime é mais condizente com a realidade legislativa atual, proporcionando maior clareza e uniformidade na aplicação das normas. A solução proposta visa não apenas resolver o conflito normativo, mas também assegurar a eficácia das leis e a proteção dos direitos dos cidadãos de maneira mais célere e eficaz. A adoção dos prazos da LC n° 95 como os prazos padrão para a vigência das normas representa um avanço na modernização e simplificação do sistema jurídico brasileiro, alinhando-o às exigências de um direito cada vez mais dinâmico e acessível.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Complementar n° 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Planalto Legislação. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em: 1 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n° 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Câmara dos Deputados - Legislação. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Planalto Legislação. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 1 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Planalto Legislação. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 1 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto Legislação. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 7 jun. 2023.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: RT, 1997.

Recebido em: 13/07/2023

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-10451



## A BUSCA DE NOVAS FORMAS DE VIDA NO CORPO TRANSEXUAL: O QUE PODEMOS APRENDER COM FOUCAULT NA ANÁLISE DA EPISTEMOLOGIA ANTIGA?

### THE SEARCH FOR NEW FORMS OF LIFE IN THE TRANSEXUAL BODY: WHAT CAN WE LEARN FROM FOUCAULT IN THE ANALYSIS OF ANCIENT EPISTEMOLOGY?

*Claudio Noel De Toni  
Junior*

Pós Doutor e Doutor em Geografia pela  
Universidade Estadual Paulista (Unesp).  
Mestre em Engenharia de Produção pela  
Universidade Federal de São Carlos.  
Mestre em Educação Escolar pela  
Universidade de León (Espanha).  
Especialista em Administração de  
Empresas pela Fundação Getúlio Vargas.  
Graduado em Sociologia pelo Centro  
Universitário "Dr. Edmundo Ulson".  
Graduado em Relações Internacionais  
pelo Grupo Educacional Uninter.  
Graduado em Administração pelo Centro  
Universitário Cidade Verde de Maringá e  
em Ciências Contábeis pela Universidade  
de Franca.

[junior\\_toni@terra.com.br](mailto:junior_toni@terra.com.br)

<https://orcid.org/0000-0001-5374-8475>

**RESUMO:** A pesquisa visa mostrar as condições da construção histórica de épocas em que as formas de viver e quem tinha direitos de exercer a fala franca eram sujeitos que detinham o poder, mesmo em épocas em que não havia termos como a transexualidade, sua interdição sempre existiu de formas múltiplas ao longo do espaço e do tempo no Ocidente. Identifica e analisa as contradições em relação à temática de gênero onde remonta a Michel Foucault que deixa seu legado para a continuação de lutas e resistências nos dias atuais e que, se percebe o contexto de proteção que o direito de viver está na interdição de um discurso histórico que avançou com o passar do tempo, mas que exige maior dispêndio e atenção em países socioeconomicamente vulneráveis como o Brasil, líder mundial de mortes de pessoas trans, sendo ao mesmo tempo o país que mais consome pornografia transegenera no mundo. Todavia, a dimensão das formas de indiferença do *status* social e econômico sempre estiveram no ápice de corpos que possuem o direito a fala aos dos interditados, e que, o que vivemos hoje não é algo novo e sim a manutenção de formas de poder em diferentes espaços, de formas e técnicas de força de quem manda e de quem obedece, de forças em que cabe ao corpo desprotegido em direitos sempre resistir, dia após dia. Pode se mencionar que, em aspectos de i(des)gualdade de oportunidades do sujeito, do modo de vida e o poder do Estado é equiparado aos Antigos, onde em épocas de milhares de anos, se havia inclusive maior liberdade na vida dos sujeitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** O Falar Franco; Política da Indiferença; Desigualdade de Gênero.

**ABSTRACT:** This research aims to unveil the historical conditions of eras in which the ways of living and the right to exercise free speech were privileges of those holding power. Even in times when terms such as transsexuality did not exist, its interdiction has manifested in multiple forms across Western spaces and epochs. The study identifies and analyzes contradictions concerning gender issues, drawing upon Michel Foucault's legacy, which continues to inspire struggles and resistances in contemporary times. It highlights how the right to live is embedded within the interdiction of historical discourses that, although progressively evolving, still demand greater effort and attention in socioeconomically vulnerable countries like Brazil. Brazil leads globally in the number of trans people murdered while simultaneously being the world's largest consumer of transgender pornography. Nevertheless, the indifference to social and economic status has always elevated the voices of those entitled to speak above the silenced and marginalized. The current reality is not novel but rather the perpetuation of power structures across different spaces, forms, and techniques, where the dynamics of command and obedience persist. It remains the duty of those stripped of rights to resist, day by day. The research also argues that aspects of (in)equality in opportunities, ways of life, and state power today resemble those of Ancient times, where individuals arguably experienced greater personal freedoms thousands of years ago.

**KEYWORDS:** Parrhesia; Politics of Indifference; Gender Inequality.

**Como citar:** DE TONI JUNIOR, Claudio Noel. A Busca de Novas Formas de Vida no Corpo Transexual: O que Podemos Aprender com Foucault na Análise da Epistemologia Antiga? *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umarama, v. 27, n. 2, p. 571-592, 2024.

## INTRODUÇÃO

O objeto de pesquisa dentro do tema delimitado sobre as condições de vida das pessoas transgêneras em especial transexuais mulheres, a incitação ao ódio em contrapartida com grupos militância e ascensão da extrema direita no Brasil, com a pretensão de instaurar um regime tirânico e anti-democrático não é recente na História Antiga e brasileira, e de que a verdadeira *parresía* seria impossível de ser praticada em uma democracia onde cidadãos apenas eram quem era ateniense, de boa família e com posição socioeconômica positiva, para que estes, em detrimento do restante da população que eram os governados e excluídos de qualquer pretensão de fala em direitos, pela interdição do *status quo* do sujeito na sua existência.

Veremos pela bibliografia, que a emergência da arte cínica cresceu e que se emaranhou com a própria *parresía* na política e na vida social, na medida em que surgem grupos com interesses diversos e que o poder pertencente a uma classe em que desde os Antigos eram técnicas de dominar, excluir, escravizar quem não pertencia a sua estrutura patriarcal<sup>2</sup>.

Quando vemos em 2019, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) percebe a responsabilidade de criar mecanismo de proteção jurídica aos não “heterossexuais” por meio de equiparação jurídica ao crime de raça, ou racismo, dado ser o Brasil o país que mais ocorrem mortes de transexuais no mundo pelo simples fato de existirem, além do ódio de pessoas que possuem a pele de cor negra, sem razão pela inércia do que poderia ser a assembleia dos tempos socráticos e que, as grandes contribuições do governo que podemos citar foi a reforma de previdência social ao mesmo tempo que não se reforma sistemas de maior dispêndio como as emendas de relator, denominada de orçamento secreto.

---

<sup>2</sup> Com novas nomenclaturas, com mudança no espaço e no tempo, a dominação continua com outras formas de opressão como as mortes contra pessoas transgêneras, discurso cínico em um país que o povo escolheu seu regime e forma de governo como republicano presidencialista mas se percebe a ausência do presidente em governar frente a grupos que se instauraram no Congresso Nacional, definido de “centrão”, além de bancadas que remetem aos greco-romanos como “bancada da bala”, bancada do agro”, “bancada evangélica” que, em troca de barganhas continuam ao mesmo tempo um grupo de apoio ao seus próprios interesses que não é o bem comum, e uma pergunta, será que se pode viver em sociedade como no Brasil de forma do falar franco?

Um destes paradoxos é de que quem possui ódio, tenta apagar a pessoa, porquê seria o Brasil ao mesmo tempo, o país que também mais consome pornografia trans no mundo? Uma arte de viver as escondidas o seu sexo, porém tirando a vida do outro ou uma forma de atrair a vítima para si independente de seus gostos positivos que a sociedade não pode saber ou é ódio da existência das pessoas? Qual esta relação e proporção com outros fatores sociais, políticos e de gênero que se entrelaçam?

## **1 OS ANTIGOS COMO FORMA DE ENTENDER A POLÍTICA E A SOCIABILIDADE NO BRASIL**

O deus Apolo seduz Creusa ainda quando era menina, tendo em torno de 9 anos, e desta relação nasce Íon, sendo um ato vergonhoso a um deus, que não tendo coragem de assumir publicamente aquilo que fez pela ausência de sensatez de quem possuía a responsabilidade de governar e de dar o exemplo a seus cidadãos não sendo considerado sensato, justo seu ato, esconde-se e não diz ao público a verdade, que fica escondida.

Íon é levado a Delfos, em que Foucault (2010b) diz que será um dos reformuladores da constituição em Atenas, em que aqueles que não sabem exercer a função política, que não sabem exercer a função de verdade no templo, como sendo um ajudante no templo que não sabe sua verdadeira história.

Xuto, com idade avançada, casa-se com Creusa e que ninguém sabia do seu passado, sem saber que houvera nascido uma criança com Apolo, onde fora dada em casamento, sendo um estrangeiro, mas que pela ajuda aos atenienses em auxílios em guerras, pela barganha, possui permissão para se casar com Creusa como presente.

Com pergunta pública de Xuto, na peça, em momentos diferentes, em que pergunta no templo de Delfos, se irá ter filhos, sendo uma de suas vontades, pois temia ficar sem descendência, sem a naturalidade ascética de procriação.

Apolo, diz que já possui filhos e Xuto se alegra, e diz que o primeiro que encontrases que sair desta confissão, e o primeiro que depara é Íon, e se alegra, compreende estranha a relação de Íon à primeira vista que não gosta e

explica a situação pela forma que foi abordado. Creusa faz duas perguntas, uma que possui relação pública é feita a Apolo, será que terei filho? e na esfera privada, o que é feito do meu filho? Do filho que teve com Apolo!

Creusa queria que Xuto continuasse a não saber, e entra a *parresía* da confissão, em que Apolo é obrigado a falar, sem assumir, e quem revela de fato e confirma que Apolo é pai de Íon é Atena, mostrando a seriedade do acontecimento e que sabe e ao mesmo tempo tem vergonha do que houvera feito.

Atena, aparece e faz a confissão, na *parresía* do falar franco em que Xuto teve a resposta e já em fase avançada, em condições financeiras favoráveis, mas que consegue ter uma sociabilidade pelo fato de ter ajudado Atenas em guerras, Íon, desta forma tem dois pais: Xuto e Apolo.

Xuto sendo estrangeiro manteve relação sexual com uma estrangeira, também é estrangeiro, não sendo cidadão ateniense pelas normas, um ato que na época não regozija a descendência positiva, apenas no século V, que é modifica após as sucessivas guerras e com perdas de homens e resultados, permitiu-se haver alteração na lei para ser considerado ateniense, pois necessitava de soldados.

Logo Íon não poderia voltar a Atenas, sem cidadania, a *parresía* do discurso político é que não poderia falar livremente e que mesmo que lhe desce a coroa não poderia falar com os nobres e que terá que fazer face a grupos, de homens ricos, os que não se interessam pelas funções públicas, os sábios além dos políticos e dos pobres.

Íon diz, o que direi aos pobres? De que são mentirosos, invejosos e rancorosos? escrevendo assim aos pobres e de fato quando não são atenienses que gostaria de estar no lugar onde estou, também se sentiriam triste e apresenta esta preocupação a Xuto, para lidar com os pobres, que não deixariam em paz.

A preocupação dos sábios, segundo Íon iriam rir de si, sem se atrever a vir a Atenas, sendo um estrangeiro, sem poder usar da palavra, sem se interessar pelas coisas públicas, não participavam da vida ativa política, apenas no ócio e que a tendência é apenas contemplar, sem se interessar pelos acontecimentos da atividade pública, não disputam poder com ninguém,

mas são inteligentes e fortes, os sábios sem precisar de cargos, sabem observar .

O grupo dos políticos para Íon é tão perigoso que os pobres, perceberão que não deixarão estar no lugar deles e procura a partir destas indagações, a busca de saber quem é de fato sua mãe.

A discussão traz a relação do matrimônio sobre as práticas sexuais e que giram em torno com vista do governo do cuidado de si e dos outros e desdobramentos de como gregos e helenistas viam a atividade conjugal e de Mussônio Rufos, como viam a constituição do casamento.

Kiffer e Giorgi (2020) constrói a Arqueologia do Ódio, para se apontar através da escrita, de diálogos e da linguagem os conflitos de oposições políticas em busca de democracia em uma perspectiva entre as realidades do Brasil e da Argentina, onde se aborda especificamente os governos de Bolsonaro e de Cristina Fernández de Kirchner, bem como a ideologização política, os confrontos por meio da mídia e as falas de ódio, que se mobilizam contra o governo.

Percebe o autor semelhanças entre o rompimento do peronismo e a construção de uma nação mais voltada ao social, menos autoritarismo e mais espaço para as pessoas em seu pluralismo, sendo uma mulher presidente, com pautas políticas voltadas as classes de menor poder socioeconômico ante os machismos, sexista e racista da elite dominante onde sofreu com vários ataques pela imprensa e por grupos não simpatizantes, porém estas críticas mais que extrapolaram os ramos do político, proliferando a vida ítima dos sujeitos.

Voltando-se para o sujeito que está na política, uma mulher que possui a vontade de reduzir as desigualdades em uma nação branca e europeizada, com pautas feministas. Mesmo processo de política que pode ser realçado no mesmo período em que Dilma Rousseff governou o Brasil com pautas semelhantes, onde foi alvo de políticas de ódio em discursos pelo horror do poder por ser mulher, por também ter pauta de reduzir as desigualdades, sendo duas mulheres a governar as duas maiores economias da América do Sul.

Crispação, substantivo feminino se desubjetiva por um estado de ser, o Eu psicológico, o corporal, o gestual com músculos tensos, o afeto, o humor e

o cuidado pelo corpo, como governar as subjetividades de si mesmo em relação ao outro que nos atacam. Realça o mesmo sentido que Ana Kiffer usa o termo de inscrição de afecções coletivas, onde as falas em especial da mídia se voltam contra a proposta de Kirchner em taxar as exportações de produtos agrícolas como política para captar impostos e direcionar as políticas sociais.

Viu-se se nas mídias, conforme Silva, Francisco e Sampaio (2021) no Brasil nos anos de 2018 a 2022 e posteriormente com a modernização cada vez maior das redes sociais uma nova linguagem nunca vista para caricaturizar, com jargões de linguagens vulgar de uma elite jornalística e societal de grandes empresários e adeptos que usaram a religião para a preparação da volta do disfarce do discurso político contrário que no seio queriam a volta de um regime antidemocrático, racista e sexista, rejeitando políticas sociais aos mais pobres em detrimento aos privilégios de grandes banqueiros e empresários dominante.

Foi o que ocorreu após sua saída, igualmente no Brasil não reeleita e que na atualidade volta para um governo onde Cristina é vice-presidente, embora seja dia a dia perseguida com atentados recentes contra sua vida, na Argentina de acordo com Kiffer e Giorgi (2019).

Este ódio contemporâneo é força motriz e indissociável desta nova forma escrita de dizer, de publicar, de formular ideias e discursos onde pela enunciação se articulam discursos como forma de ampliar a fala em favor da extrema direita com discurso misógino, com frases prontas e desprovidas de linguagem formal, que ofende o feminino, o intimismo, colocando as minorias em tensão por meio de escritas do ódio porém o movimento feminista argentino em aliança com outras minorias, resiste com o termo: “ *Al patriarcado lo hacemos concha*”, com significado em português: “Ao patriarcado, damos bocetas!

Após a vitória de Mauricio Magri em novembro de 2015, jornais como “La Nación” e outros órgãos de imprensa alinhados ao autoritarismo antidemocrático pediam a prisão de seus desafetos com frases estampadas em jornais que hoje cada vez mais são midiáticos, possuem versão *on line*.

Arendt, conforme Souki (2018) no século XXI menciona a questão da transparência em que as verdades podem ser várias, mas se deve questionar a si e aos outros sendo um exercício de liberdade, de pensar a transferência

consigo mesmo e com os outros, sejam no Estado nazista como em outros em que se comete crimes de guerra que se ameaça quando não se faz a pergunta, o que eu me tornei comigo mesmo? sem transparência.

Arendt, traz a explanação de como o mal traz para o século XXI, em que muitos valores são rapidamente transformados, em que a adesão a um sistema de extermínio provém da História, do modo de como a sociedade assimila as ideias de guerra e abandonadas pela modalidade do mal que são circunstâncias em que a fugacidade negativa é o desafio do pensamento em que desafia nossa própria humanidade em que nosso pensar pela mudança da tradição religiosa em que as atitudes inofensivas do burocrata incorpora o objetivo de conter o mal.

Na obra “Natureza Humana: Justiça *vs* Poder”, Foucault e Chomsky (2014) pela entrevista concedida a Fons Elders onde pergunta a ambos sobre assuntos de diferentes temáticas, tendo cada uma sua opinião, algumas de forma a concordar com o outro, outras de forma de entender o discurso de forma diferente, inclusive estes debates foram importantes para que o leitor em geral pudesse entender o significado de obras de ambos os autores e para esclarecer muitas dúvidas ditas por Foucault.

Chomsky responde que não vê a História como algo puramente neutro como um antiquário e da perspectiva e da causa que o evento histórico aborda, também menciona a crítica realizada por acontecimentos históricos que se transformaram em eventos científicos pela mudança que a Ciência postulou com suas descobertas de temas que eram até então incompreensíveis e que hoje é científico e que se pode descrever e entender

Foucault (2014) responde na mesma entrevista que em suas pesquisas históricas, deixou lacunas para que pudesse haver a criatividade aguçada do leitor e do pesquisador que a partir da decodificação de um tema, se pode descrever e complementar um tema sem fugir de seu objeto inicial, sendo que as obras de Foucault não são prontas e acabadas, faz do leitor por meio de um tema, ir para qualquer caminho possível e diferente sem perder sua significação dada a subjetividade e criatividade.

Nisto, pode-se inferir os mesmos paradigmas que ocorreu na Argentina , aconteceu no Brasil com o *impeachment* de Dilma e posteriormente a eleição de Bolsonaro, temos no discurso de ódio nesta construção do saber de

discursos pelo uso da palavra de Giogi (2020) antíteses que proliferam pelo enunciado que por sua vez geram lutas e resistências, a construção de discursos da mentira para derrubar um poder e um governo que atendia mais aos pobres por um discurso que obteve êxito porém foi combatido por lutas das classes minoritárias que não conseguiu se manter no poder.

Contextos idênticos ao Brasil, porém cada país possui sua tendência, o que há de igual são os discursos de ódio, a volta de grupos de extrema direita ao poder, a proliferação de ódio na política contra as minorias e vê-se claramente que o autor cita a volta da extrema direita como uma rede de tensão que enuncia e pela relacionalidade destes discursos que consegue colocar no poder pelo clamor popular um governo que se assemelha a um governo ditatorial como ocorrido na Argentina que havia sido desarticulado no país na década de 1970 por uma elite branca, sexista, machista e empresarial que sempre nutriu desprezo as classes sociais minoritárias.

## **2 TEMAS DISCURSIVOS DA CONTEMPORANEIDADE: CRÍTICA E RESISTÊNCIA, ATÉ QUANDO?**

Os ex presidentes Temer e Bolsonaro, percebe-se que não tem nada de novo, eles são a criação de tudo que se viu sobre o início da sociedade Antiga, passando por todos os regimes dos séculos XIX e XX, sendo que as únicos “projetos sociais para o bem estar social foram a Reforma trabalhista, conforme Antunes e Bonson (2022), excluindo os poucos direitos do trabalhador e a reforma da previdência, que está a tirar pensões, reduzi-las a metade, além de novas formas de cálculo prejudiciais ao trabalhador celetista, sem que tenha havido alteração no regime estatutário de quem percebe preventos acima de R\$ 20 mil reais, pois de fato atingiriam a ai próprios, optando em reduzir o salário do outro, onde praticamente a metade da população percebe o mínimo R\$ 1320,00 além de dificultar ações de benefícios sociais a pessoas com deficiências e acometidas por acidentes de trabalho.

Na obra de Abers e Bulow (2011) sobre movimentos sociais no Brasil nas últimas duas décadas debate-se a conceituação de movimentos por sociedade civil, organização em prol de políticas e teorias governamentais e

não governamentais em busca da identificação de uma classe e defesa de direitos de classe perante a sociedade, com ou sem intervenção do Estado brasileiro, a qual denominados de Organizações não governamentais (Ongs). Infere que do ponto de vista teórico foram as tecnologias das redes sociais que deram maior visibilidade as demandas de grupos sociais em busca de respeito, dignidade e interação, onde se pode citar os movimentos transexuais por luta de reconhecimento em que, sempre foi judicializado no Supremo Tribunal Federal (STF).

Se debruça em dois aspectos teóricos de movimentos de análise, a da multiplicidade de grupos e organizações que demandam tomada de decisões por meio do ativismo de solidariedade e inclusão pública a qual as autores mencionam a substituição do termo movimento social por sociedade civil, a segunda se volta no paradigma em processos pautados por conflitos políticos., por meio de mais atores que demandam maiores temas em debate, uma multiplicidade de temas como: gênero, feminismo, racismo, sem tetos, sem terras, ambientalistas, identitários e multi-identitários.

Foucault (1985) na História da Sexualidade III, menciona o casamento como ato privado, a sua autoridade e regras da família não exigia a intervenção dos poderes públicos. Na Grécia eram a transferência da tutela da mulher ao marido, um negócio entre os chefes de família, um comércio privado masculinizado em que a mulher não era considerada a companheira do homem, tendo lugar restrito, sendo a sua ocupação de cuidar da casa e da educação dos filhos e que sua capacidade cognitiva era questionada e quase não se encontra registros da participação feminina na vida social e política na Grécia antiga.

Em Roma e no período helenístico, começam a dar mais atenção ao casamento e apresentar argumentos na participação da mulher na vida comum entre homens em que os estoicos o defendem na defesa a natureza, na arte de um método de vida necessário em que haja uma estética da existência alicerçado no governo de si e dos outros e que em Musônio Rufos, no conhecimento, na meditação e no silêncio, nas adoções que irão no cristianismo adotar o texto, os escritos como ator principal de vigilância e submissão dos corpos.

Foucault (1985) tece reflexões singularmente dos primeiros séculos, em que se procura sem colocar em questão, um modo de existência e uma maneira de viver juntos diferentemente aos clássicos.

Vê se que as reivindicações ativistas aumentaram diante da inércia do Estado em resolver conflitos de sua competência, bem como traz a toma a relação de sociedade civil ao invés de movimentos sociais para tornar mais participantes a sociedade como um todo, visto que o ativismo de movimentos sociais não é estático apenas aos seus interessados que fazem parte dele e sim, de um debate de toda a sociedade, seja ela membro ou simpatizante das causas sociais dos militantes.

Não precisa ser negro, transgênero, sem-terra, ambientalista para se colocar no lugar do outro e perceber o mundo em que se vive de que há a necessidade de mudanças e que não há relações sociais que podem mudar um Estado de lutas diante da inércia da sociedade, que é participante ativa ou passiva das questões de militância que impactam mesmo de forma indireta a vida do todo.

Para Alonso (2009) apresenta tipos de movimentos sociais, nos anos de 1970. No Brasil são teorias como a de mobilização de recursos, processo político e novos movimentos sociais. Com as mudanças nos anseios e novos movimentos igualitários pela busca de direitos humanos como a causa de pessoas trans, observam-se as críticas recebidas por estes movimentos novos e dos anteriores mais voltados a políticas societais de desenvolvimento humano como: acesso ao voto feminino e aos homens sem reconhecimentos econômicos.

Juntamente com acesso a urbanização, saneamento básico, água potável, moradias dignas bem como a inserção do Estado no trato de cada movimento, quando há políticas públicas para ao menos tentar resolver a situação e quando não é pauta de agenda de governos, se instaura o caos em âmbito de amplitude internacional, no caso de transgêneros, o Brasil é o país do mundo que mais mata transexuais com discurso de ódio que inclusive incentiva a prática para que isto continue a ocorrer, revertendo conceitos de lutas de governos anteriores (Antra, 2021).

Conforme a mesma organização, estão no Brasil as maiores quantidades de acessos a *sites* pornográficos que envolvem pessoas

transgêneras acontecem no território brasileiro em plataformas digitais, sendo um fetiche, estando acima de qualquer outra denominação ou gênero cis.

Percebe-se que os novos movimentos sociais que incluem a causa de pessoas trans são teorias, novas teorias, porém velhos problemas não resolvidos pelo poder público e pior, que gera aumento de tensões na prática cotidiana nos dias atuais, pela perda da vida, não apenas da dignidade humana e que os novos movimentos sociais clamam por mais efetividade prática para proteger seus nacionais.

Segundo Berenice Bento (2008, p. 19), a concepção de identidade da transexualidade pode ser entendida como um “[...] desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo”. Salientamos de que maneira surge entre comentadores diferentes, a visão próxima acerca de como o Estado e a própria concepção de sociedade veio ao longo do tempo oprimindo o sujeito trans na sua identificação.

Mostra com o passar das épocas, a relevância do casamento em que a mulher deve ter acesso a Filosofia em que foi avançando na época em que se abrem espaços a companheira, mas que anda a passos lentos até os dias atuais.

Musônio Rufos<sup>3</sup> diz que o feminino possui os mesmos sentidos ao masculino e as mesmas partes do corpo e que na capacidade intelectual são iguais e sem distinção.

A relação antérica é a *philia*, amigos um para o outro e erotismo, um amor sereno, percebido pela ausência, sendo suave. No banquete de Xenofonte a relação pederástica mais institucionalizada de que há um amor antérico entre homem e mulher, na concepção ateniense de cidadania, em que Xenofonte, diz que tinha um papel secundário, e da relação do homem da vida pública na cidade em ter um amor correspondido não era natural entre homem e mulher.

---

<sup>3</sup> Heros muito solitário e a companhia que Afrodite dá a Anteros em que havia um altar de um amor vingado, bem como Poseidon a Erites. Sendo que eram colocados no ginásio para que sejam gratos a amizade dos mestres pelos professores em que Marco Aurélio faz um agradecimento a seus mestres.

Anteros, diz que há uma discussão de Platão entre o amor platônico, além de amor pederásticos, em que a ideia é de que o amor extravasa e transborda com os sofrimentos quando não é correspondido.

O que se percebe no Brasil, de acordo com Baião, Couto e Oliveira (2019) é que houve na última década uma divisão de representação no Congresso Nacional onde o presidente da República não consegue a formação de maioria no parlamento e com isto, necessita construir laços para poder aprovar projetos para poder governar, e no caso brasileiro em específico há.

Para que isto ocorra intensos pedidos de agradecimento para que os não aliados ou quem prefere se posicionar como tal, vote a favor de quem está no poder Executivo em troca de liberação de verbas para estes parlamentares além de pedidos de cargos em estatais, por exemplo como nos bancos que detêm capital público.

Um destes exemplos, que pode ser citado é o monopólio do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) concentrado em apenas um banco, no governo de Fernando Collor, sem que a pessoa possa escolher de forma unipessoal em qual instituição quer receber este valor, como ocorria antes. Logo, dizer que o público é bom e o privado é ruim, não tem se mostrado uma rotina no Brasil, sendo que, na própria instituição houve casos de assédio contra mulheres e funcionários, que culminou com a saída de seu ex-presidente. Da mesma forma que, também a maior apreensão de dinheiro vivo no Brasil ocorreu no apartamento de um dos seus ex-presidentes conforme El País (2017).

O poder de escolha, não irá tirar da instituição o produto, paga mingo 3% de juros ao ano, sendo um direito de todo trabalhador celetista e que ele próprio possa escolher a instituição onde queira receber a importância. Trata-se apenas de liberdade pessoal não monopolística que havia e que ao invés de permanecer com a Constituição Federal de 1988, impõe que apenas uma instituição seja a responsável pelo pagamento e guarda dos valores, operando só o produto, sendo que todos os bancos são fiscalizados pelo Banco Central do Brasil e poderiam fazer esta tarefa (Legislativo, 2021, 2022).

Cita exemplos de lugar geográfico, visto que todo movimento contra atos políticos enraizados existe por meio da razão, emoção e dentro de um contexto de lugar. O lugar pode modificar o próprio ato em si de militância. por exemplo, como seria um movimento ativista na França e no Brasil, teriam a mesma reciprocidade pelo governo em termos de atender as reivindicações

e do próprio aceite dos movimentos? seriam observados ou massacrados por meio da agressão policial?<sup>4</sup>

Enfatiza as relações entre aristocrático, do homem bem formado, diferente do sofista, do cínico, o verdadeiro parresiasta, que deve ter o falar franco, mesmo que isto tenha impactos contra sua própria vida, em que se mesclam quatro fenômenos: filosófico, sábio, técnico e professor além do parresiasta.

Foucault (2011) não entra na relação monarquista e aristocracia de forma autônoma, em que é uma pessoa chave e que sua dupla face da escolha que se apaga ao presente, que o diagnóstico de escolha é o perigo principal. A forma é a presente, que se distancia da Ciência de Platão que se relaciona a alma do filósofo em um possível desenvolvimento para ampliar as formas, em que deixa de lado, uma maneira de apagamento, uma atitude restritiva em uma forma de resistência em que retoma e transfigura o seu reconhecimento aos Antigos.

A ligação entre a Filosofia como arte de viver e maneira de viver, uma interpretação de sua Filosofia em sua ligação com a vida, ou a Filosofia é apenas teórica sem ter relação com a vida, a *biós*, sendo uma forma de viver com objetivos comuns a vida humana.?

A relação de espiritualidade como forma de viver em que a questão não era apenas cristã, como mostra a Filosofia Antiga, sendo uma prática de vida da transformação do sujeito e não apenas teórica, ela é cíclica e está em constante movimento.

A conversão da espiritualidade é determinante para os horizontes religiosos, além da Ética e da Política, e que na forma estão ligadas nos aspectos mais determinantes que outros na arqueologia em sua noção determinada como maneira fundamental de práticas, experiências e mudanças, não para conhecimento, em que se coloca em jogo a questão da verdade.

---

<sup>4</sup> Em seguida, o lugar é um fator da Ciência geográfica que converge com as Relações Internacionais por convergência do fenômeno da Globalização que o mundo promoveu, pelas lutas de ativistas que se tornaram mestres e exemplos de luta, pelo questionamento da transição democrática como referência importante para os estudos modernos de movimentos sociais.

Acarreta a verdade por uma conversão do sujeito, como ato de conhecimento em si mesmo, acompanhando a mudança do sujeito, na espiritualidade antiga, em que em todas as transformações estão ligadas a espiritualidade, mas deve se haver em qual modelo está a conversão requerida, qual a forma da Filosofia da conversão?

Foucault (2011), usa as palavras de Hadot, esclarece o cotidiano de uma experiência de deslocamento de relação de natureza, de trajetória, de movimento e de conversão e do retorno a si, sendo ambíguo em que não nos é dado os aspectos de Foucault entre deslizes de conversão religiosa e filosófica, sendo uma experiência espiritual que temos também formas de dispositivos de verdade em que se coloca em questão seus valores em torno de si, pensar nas relações, na realidade e nossa trajetória que queremos atingir e nos dirigir em nossa distância de si para si mesmo.

A conversão de viagem para uma vida e um mundo verdadeiro como ruptura, uma abertura para ser outro, diferente do que era em uma transformação de si próprio, uma arte filosófica de ser pela arte filosófica de mudança de um ciclo em que a forma está relacionada à conversão de um apelo em contexto histórico de uma evolução.<sup>5</sup>

Foucault (2011) menciona em “Coragem da Verdade” em imagens, os exemplos da vida, como nos cínicos, que se consideram o tipo de conversão de conceitos, que se dizem alunos de Sócrates, nas experiências do cínico a questão da verdade se volta a um momento de reflexão e de escape, a coragem e da verdade, despreza a manifestação a nível de princípios e sua cólera deva ser enfrentada, na abertura política.

Foucault (2011) diz que o cinismo sobreviveu a todo século XIX e advém de uma apresentação de uma vida que pode destruir e os hábitos de verdade, porém sendo uma arte de viver e o escândalo cínico pode se transformar em uma conversão filosófica pela própria experiência religiosa.

Arrisca-se a vida na *parresía*, no cínico em que se expõe a vida, pelos seus discursos, pela sua via reta, um desafio de entrada por escândalos,

---

<sup>5</sup> A conversão de Platão na Filosofia na espiritualidade na República, deve ser a conversão do próprio olhar em uma alma que não existe, a faculdade da alma que aprende em que não é possível voltar das trevas a luz, em que é capaz de suportar. A Educação como arte de desejo e não de ter uma visão em que deve se olhar para a posição correta de uso das almas pela prática e pelas formas de pensar de uma maneira pedagógica.

conforme Diógenes Laércio, em que se vive nu e pobre, porém entende que é uma vida filosófica em uma conversão, como os monges isolados nos primeiros anos da era cristã, como São Francisco de Assis, para explicitar a verdade escandalosa, sendo uma condução de uma forma de ligação de verdade em que a experiência seja e possa ser enfrentada em um modo de vida fundamental.

Foucault separa o cinismo filosófico e o religioso, de que deve se buscar a verdade e de salvar a alma para a eternidade em outras formas de verdade, experiências de espiritualidade cristã filosófica, em que se recorre aos cínicos e em Platão.

Pelo conhecimento, Foucault pela sua produção de potencializar uma razão política e que não se pode pensar apenas em política, *epistémé* e virtude são coisas unidas, em que existe a Ética de um forte elitismo aristotélico.

Nietzsche e Foucault, dialogam sobre a ética e o corpo, a hipocrisia e que se existe a *parresía* de forma de se apropriar um corpo do outro, podendo estar debaixo do poder, mas que pode estar debaixo da corporalidade e Foucault é mais próximo do corpo em si em que existe uma estética de sua existência. Nietzsche liga a crítica mais enraizada a religião, ao poder, quanto a manobrar. Pode se pensar em uma hipocrisia e uma microfísica do poder em que a resistência também pode ser nômade, em suas atividades de ser livre com formas micro de resistências<sup>6</sup>.

Um espaço de certa forma para o irrefletido entre corpo e o político e que hipocrisia tem relação na retórica da mesma forma, e que no curso “A Verdade e as Formas Jurídicas” em que Foucault (2018) faz a ligação de saber e poder, do corpo e de mídia, do *self*, e que não corresponde entre Platão e sua vivência de saber-poder em que emerge ao corpo.

Que é preciso analisar os pequenos elementos que o próprio cinismo explica na experiência na reforma da própria Filosofia, como a religião, da expressão e do escândalo, da mesma forma que a política se mostra sem roupas no imaginário, quando não funcionam sem dizer nada. Mostra-se as expressões corporais dos corpos dos políticos e os anseios da população

---

<sup>6</sup> Outro elemento é a experiência do esforço de uma direção para outra em que um homem entra na caverna em que conta o que se viu na caverna, para que outros tenham uma experiência semelhante, um mito da caverna possui em si uma relação mística.

dentro de uma vida cínica política, na relação com a sociedade que não as vê representada na relação com os representantes, sendo relações de equivalências de retórica, hipocrisia, deixando aparecer este lado como forma de alternativa que escandaliza e deixa viver.

A obra de Tarrow (2009) mostra uma potencial decomposição do ativismo nacional através dos impactos do ativismo transnacional por meio de um exemplo: A tocha olímpica das Olimpíadas de Pequim, que antes de seu início percorreu vários territórios, teve forte resistência e foi motivo de crítica do governo chinês na questão de Direitos Humanos dentro e fora da China, em especial no Tibet e no Sudão do Sul, uma competição mundial que não mostra de forma efetiva o que se esconde por trás de um evento mundial que tende a mostrar liberdade e igualdade, oportunidade para grupos por obras como “ Um Sonho de Darfur” e da renúncia de Steven Spielberg como diretor artístico do evento, de que a tocha olímpica deixa traços e mostra desigualdade e indiferenças por onde passa seu trajeto, sendo está uma forma de resistência e militância contra as desigualdades nacionais e internacionais.

O *logos* aristotélico é uma estrutura clara de análises dos tipos de Ética e Foucault (2010a) busca a *parresía* na antiguidade nos textos de Sócrates em que há uma relação de democracia e demagogia, de dizer ou de não dizer, na escuta em que o ateniense pode se escutar no âmbito privado e no público só escuta aquilo que quer ouvir, podendo se fazer uma *epidemeléia* na formação de uma educação ateniense o que de fato não houve, virando uma demagogia.

Foucault (2011) aborda o modo de dizer a verdade entre o parresiata e o sábio, que ambos possuem o dizer do conhecimento científico no compromisso de transmitir este conhecimento como maneira de dizer a verdade, este modo técnico é uma forma, porém diferente do parresiasta, pois não corre o risco de vida como Sócrates, em que não se liga a relação do sujeito na concepção social de humanidade.

O professor, o técnico auferem seu conhecimento ao ouvinte, sendo uma herança científica e tradicional, o parresista vive o que diz, arriscando sua vida, como um *éthos*, um discurso verdadeiro, mesmo que suas palavras lhes custe a vida, ele não apenas fala ao ouvinte, mas pratica o que diz.

Na figura de Sócrates podemos encontrar a figura do sábio, que pode se calar quando o quer. No oráculo da profecia de Delfos em ser interpelador, em ser dito que era a época o mais sábio de Atenas, na questão da virtude pessoal, mesmo quando não profere seu saber, mesmo quando se mantém em silêncio, sendo uma maneira ímpar parresiata a maneira de Sócrates, pelo simples interpelar em que assume todos estes papeis como o ensino a Alcebiades em se auto governar, de como ser um profeta assume os moldes múltiplos de falar francamente na presença em diferentes culturas e sociedades.

Na Idade Média, vemos o saber sábio com o surgimento das universidades e na sociedade moderna, a Ciência, o ensino e a pesquisa, a modalidade parresiata como parte e uma técnica de si, sendo o discurso verdadeiro. A prática vivida e pensada na contemporaneidade, se expressa na crítica de modos de vida diferente da Filosofia Antiga.

A discussão sobre a democracia, de como ocorre esta forma de falar a verdade na época dos séculos IV e Va.c na Grécia antiga, em que traz o discurso de Eurípedes de que era pragmático a pessoas da cidade, que não possuía a desonra na família, para poder proferir seu discurso.

Na contemporaneidade, conforme dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra, 2021), o ano de 2020, mesmo na pandemia foi o ano que mais houve assassinatos contra pessoas transgêneros desde a medição de sua série histórica. Foram 100 assassinatos contra transexuais e travestis no primeiro semestre de 2020 e 84 no ano de 2021, ante uma ligeira queda em anos anteriores como 84 e 64, nos anos de 2018 e 2019, respectivamente (2021).

A cartolagem dos dados também contempla, tentativas de assassinatos, estupro, espancamento, pessoas atiradas dentro de veículos em movimento, sequestros e desaparecimento, além de o Brasil mesmo tendo sérias rupturas de acessibilidade à internet para fins de estudos e trabalho para parte da população, é o território em que mais são visualizadas e consumidas em quantidade nas plataformas digitais pornográficas no mundo.

Existem muitas travestis e transexuais que vivem da profissão do sexo, mas não são todas, há pessoas trans que exercem função pública: são professoras universitárias e mesmo que exerçam a prostituição, não fornece

ao agressor a legítima defesa de agredir e matar o outro, se há mercado é porque existe demanda para esta profissão.

Conforme mencionado, a inércia do poder legislativo de não haver qualquer lei que puna agressores que matam, agredem fisicamente e psicologicamente pessoas trans no ordenamento jurídico, foi necessário a iniciativa do STF intervir, por meio do Relator Ministro Celso de Mello por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO n.26) onde por unanimidade os ministros da Suprema Corte decidiram que até que haja lei específica e não especificou prazos ao Congresso.<sup>7</sup>

Decide que se aplica a equivalência a prática de racismo, semelhante as punições de agressões a população negra, embora não sejam negros, foi uma forma de minimizar o sofrimento e tentar reduzir os assassinatos de pessoas trans, visto que quem faz leis são os congressistas e não os ministros do STF.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática da *parresía* onde um sujeito de *status* diferente, se confronta o de *status* superior, em que ao invés de bajular ele se empreende ao risco, com possibilidades de perda, como a amizade e a vida. O risco de vida, onde o tirano poderia ter condenado Platão a morte ao falar e tecer uma crítica a um tirano caso não goste do que foi dito.

O não cínico, não necessita estar na mendicância, estar sujo e usar de adereços para praticar a *parresía*. Ele pode ser rico ou pobre, que não menospreza a pessoa quando lhe pede para ser iniciado, não blasfema, não fala em voz alta para chamar a atenção de terceiros, é contido e comedido, não necessita de espetáculos, pelo contrário pode em certos momentos estar recluso, meditando e ainda ser reconhecido como um bom homem, de fala franca, em que é procurado, não se exalta a si mesmo, procura sempre aprender mais com seus discípulos e outros mestres durante toda a vida.

---

<sup>7</sup> Pode se apontar um dos erros das instituições brasileiras, pois são 523 anos de inércia, apenas mencionando a urgência da necessidade de lei específica para o caso de pessoas trans.

Temos este cinismo Antigo, e o mais moderno próximo da ascese cristã, onde se mescla com mais clareza o papel da prática do falar franco. Percebe nas escolas pitagóricas, estoicas e epicuristas uma nova forma de que a pessoa precisa estar doente e pela doença da alma, ela verdadeiramente se liga ao divino, se combinam os filósofos deste novo cinismo moderno com mais temperança, com o surgimento destas escolas. Diferencia-se que, raramente uma pessoa pode estar em uma escola para aprender a *parresía* de forma gratuita no novo cinismo, com isto temos a formação de classes sociais na forma, de quem pode pagar possui a sua disposição os melhores mestres em *status*, porém nem sempre os mais evidentes na cidade possuem os maiores conhecimentos de si e ética para ensinar.<sup>8</sup>

Uma área de estudo pouco explorada nos dias atuais, mas que remontam aos Antigos, como os transgêneros, a qual se tem intenções, porém não unívocas ao bem comum do sujeito, mas cada classe com seu pensamento, despreocupados com os vários tipos de sujeitos trans que existem, a omissão gera, partilham amento de que tudo está bem e não há mais nada a ser estudado.

As formas de relações sociais em que emergem raça, gênero e sociabilidade no Brasil, pode ser considerado tendencioso e que explicações Antigas e atuais giram em torno de um olhar cínico nos moldes Antigos, onde os extremos na política em nada alteram a pretensão de que nas condições que se vive no país, a pessoa trans vive dia após dia como uma luta, sem direitos a fala, com ausência de políticas públicas e direitos legais realizados pelo Congresso, tendo sempre que recorrer a Suprema Corte.

Congresso este que se atenta por grupos extremos de suas bases aliadas, e que não pensam no bem como um Executivo que cede as formas, que não tem a coragem de inclusive, se necessário judicializar o caso de barganhas de emendas de relator sem a devida prestação de contas e fiscalização. Embora tenham investigações em andamento sobre para onde se destina recursos, pouco se pode confiar na credibilidade de quem um dia

---

<sup>8</sup> Mesclam o pagamento e a formação com casos de mestres que escolhem e se dedicam ao ensinamento gratuito almejando a recompensa futura dos deuses do paganismo e do Deus único no cristianismo, pela benevolência de que teriam que de certo modo contribuir para o bem-estar de quem busca a sabedoria, de receber estas pessoas. Surgem nestas épocas, poucas mulheres que vão em busca da *parresía*, embora ainda em pequena quantidade, que aumenta na era cristã na confissão com o surgimento dos mosteiros para mulheres.

seremos na prática governados por um presidente sem depender destes arranjos, que para se sustentar foi necessário instrumentos que deixaram o pobre mais vulnerável como a reforma da previdência, conforme mencionam Lobato e Rizotto (2019).

## REFERÊNCIAS

ABERS, Rebeca; VON BÜLOW, Marisa. Movimentos Sociais na Teoria e na Prática: Como Estudar o Ativismo Através da Fronteira entre Estado e Sociedade? **Sociologias**, Porto Alegre, ano 13, n. 28, set./dez. 2011, p. 52-84. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/v13n28/04.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: Um Balanço do Debate. **Lua Nova**, São Paulo, n. 76, 2009, p. 49-86. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452009000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452009000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 15 nov. 2023.

ANTUNES, Daniela Muradas; BONSON, Victor Hugo Criscuolo. Representações e disputas em torno da história do direito do trabalho brasileiro. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 42, n. 90, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbh/a/SdQcKn8n6MxHHHDPPHbqWGc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 mar. 2023.

ANTRA. **Associação Nacional de Travestis e Transexuais**. Boletim N° 002-2021. Brasil tem 89 Pessoas Trans Mortas no 1° Semestre em 2021. Sendo 80 Assassinatos, 9 Suicídios. Houveram ainda 33 Tentativas de Assassinatos e 27 Violações de Direitos Humanos. Brasil, 2021.

BARBOSA, Bruno, Cesar. Ciência, Técnica, Política: Controvérsias em torno do Direito aos Procedimentos Médicos de Transformação Corporal do Sexo. **Revista de Antropologia da UFSCar**, Florianópolis, SC, v. 10, n. 1, jan./jun. 2018, p. 175-196.

BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Claudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias. Quem ganha o quê, quando e como? Emendas orçamentárias em Saúde no Brasil. **Revista Sociologia e Política**, v. 27, n. 71, e004. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/ZTGNpZyqYZKysNcGLqS3trj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 fev. 2023.

BENTO, Berenice. **O que é Transexualidade?** São Paulo: Editora Brasiliense, 2008.

BRINGEL, B.; ECHART, E. Movimentos Sociais e Democracia: Os dois lados das "Fronteiras". **Cadernos CRH**, Salvador, v. 21, n. 54, p. 457-475, dez. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792008000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792008000300004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 15 nov. 2023.

CHOMSKY, Noam; FOUCAULT, Michel. **O Debate**. Natureza Humana Justiça versus Poder. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014.

EL PAÍS. **Dinheiro encontrado em malas no 'bunker' de Geddel Vieira soma 51 milhões de reais**. 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/05/politica/1504623466\\_872533.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/05/politica/1504623466_872533.html). Acesso em: 02 abr. 2023.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade III**. O Cuidado de Si. São Paulo: Graal, 1985.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: A Vontade de Saber. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010a.

FOUCAULT, Michel. **O Governo de Si e dos Outros I**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010b.

FOUCAULT, Michel. **A Coragem da Verdade**. O Governo de Si e dos Outros II. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 2018.

LEGISLATIVO. **Câmara dos Deputados. Projeto acaba com monopólio da Caixa como agente operador do FGTS**. Agência Câmara de Notícias. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/715676-projeto-acaba-com-monopolio-da-caixa-como-agente-operador-do-fgts>. Acesso em: 01 mar. 2023.

LEGISLATIVO. Senado Federal. **Senadores repudiam casos de assédio atribuídos ao ex-presidente da Caixa**. Agência Senado. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/29/senadores-repudiam-casos-de-assedio-atribuidos-ao-ex-presidente-da-caixa>. Acesso em: 04 fev. 2023.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; COSTA, Ana Maria; RIZOTTO, Maria Lucia Frizon. Reforma da previdência: o golpe fatal na seguridade social brasileira. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 120, p. 5-14, jan./mar.

2019. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/YNyvtmsDCvPsb9kpvSXZfLF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MEIRELLES, Wesley Silva. **Criminalização da Homofobia**: Análise do Julgamento da ADO n. 26 pelo STF. Dissertação de Mestrado, Centro Universitário de Brasília (UniCeub), Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, 2020.

KIFFER, Ana; GIORGI, Gabriel. **Ódios Políticos e Política do Ódio**. São Paulo: Ed. Bazar do Tempo, 2019.

SILVA, Luiz Rogério Lopes; FRANCISCO, Rodrigo Eduardo Botelho; SAMPAIO, Rafael Cardoso. Discurso de ódio nas redes sociais digitais: tipos e formas de intolerância na página oficial de Jair Bolsonaro no Facebook. **Galáxia** (São Paulo, online), ISSN: 1982-2553. Publicação Contínua, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/4krjKThRWZD6MRy8LLpVhF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 mar. 2023.

SILVA, Glaydson José; FUNARI, Pedro Paulo; GARRAFONI, Renata Senna. Recepções da Antiguidade e usos do passado: estabelecimento dos campos e sua presença na realidade brasileira. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 40, n. 84, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbh/a/NxWFCCdfrjxYXzmQB98NPt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 mar. 2023.

SOUKI, Nádia. **Hanna Arendt e a Banalidade do Mal**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

Recebido em: 21/02/2024

Aceito em: 29/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-10968



## DIREITO E ECONOMIA: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL-ANPP COMO INSTRUMENTO CONSEQUENCIALISTA DE GESTÃO PROCESSUAL EM ESTÍMULO À SEGURANÇA PÚBLICA

### LAW AND ECONOMY: CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT-ANPP AS A CONSEQUENTIALIST INSTRUMENT FOR PROCEDURE MANAGEMENT TO STIMULATE PUBLIC SAFETY

*Emerson Ademar Borges de Oliveira*

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Professor Titular da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.  
[emerson@unimar.br](mailto:emerson@unimar.br)  
<https://orcid.org/0000-0001-7876-6530>

*Lidiane da Cruz Garcia*

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.  
[lidianecruzgarcia@hotmail.com](mailto:lidianecruzgarcia@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0001-8276-8408>

*Jaqueline Maria Ryndack*

Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito pelo Centro Universitário UniCuritiba. Advogada.  
[ryndack.jaqueline@hotmail.com](mailto:ryndack.jaqueline@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0002-0995-0868>

**RESUMO:** O presente artigo direciona-se à temática do Direito e Economia no âmbito da segurança pública. O estudo objetiva a análise do instituto do ANPP - Acordo de Não Persecução Penal como meio para favorecer uma gestão processual mais eficiente e eficaz para diminuição do número de processos em tramitação e gerar melhores resultados para a evitação do cometimento de crimes. Foi utilizado método bibliográfico a partir de apanhado analítico em livros e periódicos especializados da Ciência Jurídica, em raciocínio lógico-dedutivo. O problema fundamental está na análise da dogmática normativa e na averiguação teórica da eficácia e da eficiência do instituto pelo referencial da Análise Econômica e Social do Direito por tratar-se de uma previsão nova da legislação pátria. O intuito é trazer o estudo do instituto especialmente à luz do consequencialismo versado pelo movimento de *Law and Economics*. Deste modo, dentre alguns dos aspectos conclusivos, chega-se à consideração de que o instituto é deveras importante ao proporcionar alternativa mais célere que a tramitação processual. Assim, potencialmente, gera eficiência econômica e eficácia processual por resultar em desfecho mais democrático, construído pela autonomia da vontade, por ser o custo do crime um artifício pedagógico e que beneficia a sociedade como um todo quanto à demanda por segurança pública.

**PALAVRA-CHAVE:** Direito e Economia; ANPP - Acordo de Não Persecução Penal; Segurança pública; Consequencialismo.

**ABSTRACT:** This article addresses the topic of Law and Economics within the scope of public security. The study aims to analyze the ANPP institute - Penal Non-Persecution Agreement as a means to promote more efficient and effective procedural management to reduce the number of processes in progress and generate better results to avoid the commission of crimes. A bibliographic method was used based on an analytical overview of specialized books and periodicals in Legal Science, in logical-deductive reasoning. The fundamental problem lies in the analysis of normative dogmatics and the theoretical investigation of the effectiveness and efficiency of the institute using the Economic and Social Analysis of Law framework as it is a new provision of national legislation. The aim is to bring the institute's study especially in light of the consequentialism versed by the Law and Economics movement. Thus, among some of the conclusive aspects, it is concluded that the institute is very important in providing a faster alternative than the procedural process. Thus, it potentially generates economic efficiency and procedural effectiveness by resulting in a more democratic outcome, built by the autonomy of will, as the cost of crime is a pedagogical device that benefits society as a whole in terms of the demand for public security.

**KEYWORDS:** Law and Economics; ANPP - Non-Criminal Prosecution Agreement; Public security; Consequentialism.

**Como citar:** OLIVEIRA, Emerson Ademar Borges de; GARCIA, Lidiane da Cruz; RYNDACK, Jaqueline Maria. Direito e Economia: Acordo de Não Persecução Penal-Anpp Como Instrumento Consequencialista de Gestão Processual em Estímulo à Segurança Pública. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 593-614, 2024.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa está dentro da temática do movimento de *Law and Economics*, Direito e Economia, proposta teórica de interrelação que propõe a utilização pressupostos de Economia para resolução de problemas de interesses jurídicos. Assim, inclui reflexos econômicos em questões, por vezes, eminentemente jurídicas, como as ligadas à segurança pública e à gestão processual.

Com este referencial teórico, partiu-se do problema notório da grande quantidade de processos judiciais em tramitação em pesquisa pelo método bibliográfico em encadeamento por raciocínio lógico-dedutivo.

O objeto do trabalho foi a análise do instituto do ANPP - Acordo de Não Persecução Penal trazido pela Lei n. 13.964/2019 como ferramenta político-criminal que alterou o Código de Processo Penal. O instituto processual é essencialmente importante em ajuste de condições que envolve, frequentemente, prestação pecuniária e reparação do dano à vítima, para evitar o desenvolvimento de processo penal regular.

A problemática em estudo contribui, em resumo, na averiguação teórica da eficácia e da eficiência do ANPP, principalmente pelo referencial da Análise Econômica do Direito, com passagem por aspectos processuais e sociais do instituto. Ademais, por tratar-se de uma previsão nova da legislação pátria, o viés econômico da medida chama atenção por favorecer gestão processual mais ágil que diminui o número de processos penais em tramitação e gera melhores resultados econômicos e sociais diante de práticas delitivas. Traz, assim, potencialmente, melhores resultados gerais, com base em argumentos do consequencialismo, vertente dentro do movimento *Law and Economics*.

## 1 DIREITO E ECONOMIA DIANTE DAS NECESSIDADES DO ESTADO E DAS DEMANDAS SOCIAIS: A SEGURANÇA PÚBLICA E A ECONOMICIDADE COMO PRIORIDADES

O Direito e a Economia foram vistos por muito tempo como matérias isoladas, cada uma com suas premissas, sendo o Direito visto como área

dogmática e filosófica para a consecução de justiça. Já a Economia, por sua vez, teria como objetivo, muito resumidamente, a eficiência econômica. Todavia, a interrelação dessas duas áreas do saber passou a ser desenvolvida a partir de 1960, principalmente, com estudos que demonstravam a importância de fazer correlação entre ambas por raciocínio lógico, e assim ascendeu o movimento da Análise Econômica do Direito, com várias teorias econômicas e raciocínios aplicáveis aos problemas jurídicos.

Com o cenário das necessidades da sociedade constitucional democrática que envolve a realização de direitos sociais em aspectos individuais e coletivos, como “educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados”, como previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988 no seu art. 6º e seguintes, o Estado elege prioridades para atender as obrigações mais urgentes.

Tendo por referência a Constituição Federal de 1988 e a Análise Econômica do Direito, um dos principais problemas do Estado está na realização da segurança pública e na gestão jurisdicional diante da manutenção do próprio Estado Democrático e do custo jurisdicional para se chegar à noção de realização da segurança pública com Justiça e eficiência, ou seja, evitando-se atos predatórios na sociedade e atentatórios aos princípios democráticos.

O Judiciário é um dos poderes da República que merece muita atenção quanto aos custos e resultados por ser sua função precípua dizer o Direito às partes, ligada, essencialmente, ao compromisso constitucional e internacional de parâmetros de garantia das liberdades e respeito aos Direitos Humanos.

A segurança pública por relacionar-se diretamente com valores caríssimos, como a vida, a liberdade e a propriedade pública e privada, é uma prioridade estatal. Não se pode pensar em manutenção do Estado e suas diversas funções sem segurança pública. A segurança pública é uma noção observável construída como conjunto de aparatos e institutos que compõem a guarda e a realização do próprio Estado Democrático de Direito.

A sustentação do Estado está nos poderes instituídos, nas autoridades atribuídas, na força do povo, na conservação dos direitos reconhecidos, na manutenção do território, no amparo econômico, dentro outros fatores. A

Economia de um país, pode-se chegar a dizer, é um elemento dos mais importantes dados os custos de subvenção das atividades mais corriqueiras.

O subsídio econômico de um país seria um elemento que não se visualiza sempre, diretamente, mas que, pode-se afirmar, está no próprio conceito e razão de existir do Estado, como assevera Frederic Bastiat, em declaração peculiar, para quem “o Estado é a grande ficção através da qual todo mundo se esforça para viver às custas de todo mundo” (Bastiat, 2010, p. 84).

Inegável que mesmo os direitos mais básicos, como o de permanecer em casa sem ser esbulhado de seus bens, representam um custo monetário para a garantia do direito reconhecido. Isto por deixar à disposição um aparato legal, administrativo, policial e judicial, o qual pode ser utilizado para resistir a ameaças ou buscar compensação de perdas efetivas dentro de um Estado de Direito (Holmes, Sunstein, 2019, p. 45).

O custeio financeiro da realização dos direitos reconhecidos constitucionalmente, como a promoção de serviços públicos menos burocráticos e menos dispendiosos ligados à necessidade de segurança pública são obrigações a serem cumpridas pelo Estado.

Certo nível de burocracia com formalidades, provas documentais e contraprovas, é necessário em alguma medida em domínios do Estado, principalmente quando envolve Direito Penal e/ou Direito Financeiro por exigirem mais cautela com bens valorosos e até indisponíveis.

Neste aspecto, salutar compreender a burocracia:

A burocracia ou administração é o conjunto de organizações por meio das quais o Estado executa suas funções. Dela fazem parte ministérios, em todos os níveis do governo, forças policiais, agências e escritórios na área da saúde, seguridade social, proteção ao consumidor ou meio ambiente, ensino, organismos que disciplinam profissões de exercício exclusivo ou reservado, empresas estatais (Hydro Québec) e comissões que as fiscalizam; organismos de fiscalização e regulação em matéria de transporte, radiodifusão, telecomunicação, entre outros. (Mackaay, Rousseau, 2020, p. 170)

Todavia, apesar de certa tolerância com atuações que envolvem burocracia, com intimações e tramitação com documentos, pela garantia do devido processo legal expresso na Constituição Federal no seu art. 5º, LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o

devido processo legal”, deve ser lembrado que a gestão burocrática é um custo de transação que não tem valor em mercado. Assim, impossível a compensação monetária e demonstrada a ineficiência em excessos de regulamentos que tornam lento o gerenciamento da função (Mises, 2018, p. 63-68).

Por isso, é importante trazer a burocracia em menção, mesmo em se tratando em questão de demanda de segurança pública e gestão processual, para evitar estes custos ao máximo.

Para que todos os direitos sejam efetivamente viáveis de serem realizados deve-se ter em conta que a escassez de recursos deve ser considerada para evitar dispêndio desnecessário e até uma dependência estatal perniciosa, como se os recursos financeiros e de pessoal fossem inesgotáveis:

Para levar os direitos a sério é preciso levar a sério a escassez de recursos [...]. Será que uma superextensão dos direitos de seguridade social não acabou por estimular a dependência, as gestações não planejadas e outros males sociais [...]. É verdade que as pessoas que se veem como vítimas não percebem suas próprias capacidades e pensam que o mundo inteiro tem o dever de ajudá-las, e talvez acabem não se dedicando a atividades que façam bem a si mesmas e à sociedade. (Holmes, Sunstein, 2019, p. 129, 137)

A economicidade dos meios é um dever estabelecido claramente na Constituição Federal de 1988 para todo aquele que “gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos”, devendo ser inclusive prestado contas das aplicações dos recursos<sup>2</sup>.

Se por um lado a economicidade e a segurança pública são prioridades na gestão das demandas estatais e direitos sociais (em âmbito coletivo ou individual), não menos importante é a segurança jurídica e a dignidade humana, que são pilares de uma sociedade democrática sólida. Nisto há a problemática de se averiguar a escassez de meios processuais e penais “liberais”, com a questão da verdadeira ou não “superpopulação carcerária” e

---

<sup>2</sup> “Art. 70 [...] Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária”.

a suficiência das penas e medidas despenalizadoras – o que não é consenso (Carpes, 2021, p. 43) – e exige estudos e eventuais adequações políticas.

## **2 ANPP – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM PERSPECTIVA LIBERAL E EM VISTA DA EFICÁCIA PROCESSUAL**

Dentro da necessidade de segurança pública e do problema da gestão jurisdicional, foi tomado como objeto de estudo a previsão legal do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, que foi introduzido no sistema normativo brasileiro pela resolução do CNMP n. 181/2017 e, posteriormente, inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), com redação dada pela Lei n. 13.964/2019.

O ANPP é medida despenalizadora para crimes de médio potencial ofensivo, com pena mínima até 4 (quatro) anos, diante de condições acordadas e homologadas, como reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, pagamento de prestação pecuniária, dentre outras condições estabelecidas no art. 28-A do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), com redação da Lei n. 13.964/2019:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Não é possível o estabelecimento de Acordo de Não Persecução Penal nas hipóteses trazidas no §2º pela Lei mencionada se for cabível suspensão condicional do processo ou transação penal; então, deverá ser adotada a providência da Lei dos Juizados (Lei n. 9099/1995). Também não é possível o acordo se o investigado for reincidente ou haja indícios de que se dedique a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se as infrações anteriores forem insignificantes. Ainda, não será possível legalmente o acordo se o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração com acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Por fim, não será possível o ANPP nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

O ANPP é uma espécie de medida fundada na autonomia da vontade (Posner, 2010, p. 297-298), na liberalidade de se firmar contrato/acordo, para reparação do crime por método de justiça penal negocial, que não implica condenação ou geração de antecedentes criminais. Alinha-se a institutos como o da suspensão condicional do processo e da transação penal, diferenciando-se destes institutos pelo quantum da pena e por não haver período de prova no ANPP, mas prazo para cumprimento das condições assumidas.

O acordo deve ser firmado em sede do Ministério Público e deve ser levado para ser homologado em audiência de confirmação com o Magistrado competente, na presença do Promotor de Justiça, do Réu e do Defensor. A audiência tem por finalidade verificar a legalidade, a suficiência das medidas ou eventuais condições abusivas estabelecidas no acordo. Deverá ser indagado ao Réu acerca da voluntariedade em firmar o acordo, sob pena de devolução do processo ao Ministério Público para reformular as condições, conforme o §4º e 5º do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Funda-se, o ANPP, em modelo consensual de solução de conflitos na jurisdição criminal e tem como base a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, trazendo mais racionalização ao sistema penal acusatório. É requisito expresso previsto na lei que o acordo seja firmado por escrito em sede do Ministério Público, com o acusado assistido por Defensor Público ou Advogado. Deve ser designada audiência

judicial de ratificação do acordo, com a presença do acusado e respectivo Causídico. Esta audiência parece ser um excesso de cuidado que pode representar um custo de transação evitável, sem prejuízo ao princípio do devido processo legal substancial.

Uma questão que também pode dificultar a eficácia processual e eficiência econômica do instituto do ANPP diz respeito ao juízo da execução do acordo, que é o Juízo da Execução Penal conforme o § 6º do art. 28-A: “Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal”. Por óbvio, o desdobramento de competência gera mais produção de atos de remessa e retorno.

Está previsto também no §13 do art. 28-A que, cumpridas todas as condições, “o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”, ou seja, o juízo penal e não o juízo da execução. Em economia de atos processuais seria mais adequado o cumprimento do acordo nos próprios autos em que foram propostos e homologados, no juízo penal. Em uma analogia com a execução de sentença do processo civil, ou, como são cumpridas as medidas de suspensão condicional do processo, seria mais eficiente o cumprimento do acordo no juízo penal.

Levar o acordo ao juízo da execução penal gera mais movimentos processuais de desdobramento de competência que poderiam ser evitados, tornando mais célere até para a continuidade da instrução processual pelo juízo penal, caso não seja cumprido integralmente o acordo.

Ainda consta na previsão do instituto, no art. 28-A, §9º, a necessidade de intimar a vítima da homologação do acordo e do eventual não cumprimento das condições pelo Réu: “A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento”. Desta maneira, o instituto previu mais atos do que o processo ordinário prevê, o que pode ser duvidoso quanto a economicidade dos custos processuais.

Os problemas que podem dificultar a eficácia do instituto do ANPP podem estar no excesso de intimações e atos pessoais a serem realizadas: 1) intimação para o Réu informar se tem interesse em firmar o acordo e para que compareça em sede do Ministério Público para tanto; 2) intimação do Réu para comparecer em audiência de ratificação/homologação do acordo já

firmado; 3) intimação do Réu para dar continuidade no cumprimento do acordo, caso haja atraso no cumprimento das prestações ajustadas; 3) intimação da vítima da homologação do acordo ou do descumprimento das condições.

Uma dificuldade que se apresenta reside na possibilidade do acusado mudar de endereço sem informar um novo ou protelar o cumprimento das condições/obrigações assumidas, o que favorece o abandono do acordo e aumenta a probabilidade de ocorrência de prescrição pelo delongar do tempo processual.

Os principais questionamentos de pesquisa que são feitos, em análise crítica: o ANPP, um instrumento na gestão processual mais liberal (MILL, 2019), consequencialista, pela Análise Econômica do Direito, não seria deveras burocrático pelo formalismo de intimações e atos pessoais? O acordo representa brandura da lei que favorece a ocorrência de crimes pelo desprestígio das penas privativas de liberdade? O acordo representa possibilidade de mais eficácia processual e eficiência econômica com repercussão social?

Em hipótese, se é firmado o acordo por escrito em sede do Ministério Público com assistência de Advogado, o Juiz (em suposição), poderia somente averiguar as condições de admissibilidade, legalidade e homologar por decisão, sem marcar audiência de (re)ratificação ou homologação, pois uma audiência a mais representa custo pessoal e econômico, além de mais demora processual. Ademais, se o réu não cumprir o acordo volta ao *status quo* de acusado e retoma-se a instrução processual, sem prejuízo algum para o Réu, como previsto na redação do Código de Processo Penal.

O custo da realização dessas audiências de ANPP para o Judiciário (para o contribuinte), com tantas varas criminais, presume-se que seja acrescido em quantia considerável, sem garantias de que o réu cumprirá todo o acordo e, portanto, seja necessário voltar ao processamento regular.

É assente o entendimento de que o Estado tem de ser mais eficiente – mais célere e mais econômico nos meios. Assim, é forçoso reconhecer que se deve evitar atos processuais, intimações, atos pessoais e audiências de ratificação, quando puder ser feito sem prejuízo do devido processo legal, com assistência jurídica.

O ANPP documentado nos autos por instituição pública, com assistência de Advogado/Defensor Público constituído, seria, em conjectura, suficiente para a homologação ou não do Magistrado com base no documentado, até mesmo porque o acordo pode, simplesmente, não ser cumprido e voltar o processo para instrução e julgamento. O contrário disso, simplesmente com a letra da lei, traz à tona a presunção ou não na (des)confiança em atuações e documentos provenientes de acordos em sede do Ministério Público.

Interessante fazer uma consideração, em viés analítico, quanto à própria questão processual relativa ao princípio da identidade e presença física do juiz e quanto à presença física do réu em audiência. São questões atualmente mitigadas, em uma interpretação elástica, até mesmo pelo cenário de pandemia de Covid-19, que trouxe, como regra, pelo menos momentânea, as audiências por videoconferência, sem prejuízo para a defesa.

É mesmo questionável se a presença do réu é indispensável no processo penal, se poderia ou não ser conduzido coercitivamente em âmbito judicial para ser ouvido ou interrogado, pois está no Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941) a previsão de que a ausência do réu não impede o decorrer do processo:

Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

É uma disposição liberal considerar que o réu não precisa comparecer em audiência de instrução ou sessão de júri, se assim não desejar, pois de qualquer maneira poderia utilizar o direito ao silêncio sem prejuízo para a sua defesa. Pode-se considerar a ausência do réu em juízo, precipuamente, uma extensão do direito ao silêncio, um direito na instrução processual, uma proteção de não ser conduzido coercitivamente, de não produzir prova contra si mesmo – a presença, portanto, um direito de defesa a não ser exercido, se não desejar.

Considerando, que o réu pode ser até condenado no Júri Popular mesmo se não estiver presente, por qual razão seria indispensável a presença do réu em uma audiência de homologação de acordo de não persecução penal

que o beneficia com obrigação de pagamento em dinheiro, dentre outras medidas, sem gerar antecedentes criminais? Aparenta um excesso de zelo, custoso, que poderia, pelo menos, ficar na discricionariedade do Magistrado quanto à necessidade de homologar em audiência.

Medidas de pessoalidade, como a presença física do Juiz e a possibilidade de presença do réu, são importantes pela subjetividade nos processos penais e responsabilidade de danos, para aferição de culpa ou dolo. Todavia, na homologação do ANPP não é feito um juízo de mérito. Ademais, existe a presunção de que os documentos produzidos pelo Ministério Público ou em sede de inquérito policial são meios hábeis e indiciários que permitem, em tese, um acordo suficiente para reprovação social pelo delito, sem delongas.

Cabível o ANPP, dentre os crimes com pena mínima menor de quatro anos, por exemplo, para o corriqueiro crime de embriaguez na condução de veículo automotor, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503/1997. Ainda, pode ser lembrado, como cabível o ANPP para os crimes comuns de posse e porte ilegal de arma de fogo, dispostos no art. 12 e art. 14, respectivamente, da Lei n. 10.286/2003 – Estatuto do Desarmamento.

Pelo curto período de vigência da lei alteradora do Código de Processo Penal, ainda não é possível rechaçar pela jurisprudência a necessidade de realização de audiência de homologação do ANPP. Da mesma forma, pelo curto período de tempo, não se sabe os custos econômicos adicionais, as externalidades negativas, ou, as externalidades positivas do instituto, senão por dedução teórica hipotética.

Apesar dos pressupostos teóricos do Direito Penal indicarem princípios protetores em benefício do réu, a dispensa da realização de audiência de homologação pode representar inclusive uma diminuição de custos para o Estado e para o próprio réu. A economia deve ser pensada em atos processuais, em deslocamento, em acompanhamento por Advogado judicialmente, enfim, no mínimo uma analogia *in bonam partem*.

O que seria a audiência judicial para benefício do réu, como cuidado com o estabelecido na lei, pode ser um empecilho custoso que, não raro, pode desmotivar para o acordo, considerando a Análise Econômica do Direito, que tem em conta, dentre outros pressupostos, agentes racionais e que buscam

maximizar os ganhos e/ou diminuir as perdas na resolução dos problemas jurídicos.

O exame crítico-social do instituto em tela, com a disposição legal, reporta (des)confiança com instituição pública, o Ministério Público e com Advogado/Defensor Público que assiste ao réu no acordo. Seria a audiência de homologação para coibir coação para firmar acordo, não reconhecendo os acordos, em regra, com presunção de lisura por serem firmados em presença de instituição pública e com causídico, dotados de múnus público.

### **3 EFICIÊNCIA E CONSEQUENCIALISMO NO INSTITUTO DO ANPP - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Pela Análise Econômica do Direito é possível analisar a prática de um crime, por exemplo, sob o viés do custo-benefício, sob aspectos que envolvem o resultado econômico da prática delitiva, pelos custos processuais, por medidas de eficiência de determinado instrumento normativo etc. Isto porque a Análise Econômica do Direito pode servir a diversos fins na Ciência Jurídica, seja em âmbito civil, penal, tributário, como explica Ivo Teixeira Gico Júnior:

[...] quando o juseconomista utiliza o seu instrumental [AED] para realizar uma análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y... Por exemplo, se o objetivo é reduzir a quantidade de sequestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar a melhor política de punição, a melhor estrutura processual para este tipo de delito etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se incentivar a conciliação entre casais em crise (Gico Júnior, 2020, p. 34-35)

No mesmo sentido da funcionalidade e consequentialismo, com fundamento na Análise Econômica do Direito, Richard Posner denomina de “pragmatismo cotidiano” a aplicação do Direito para produzir resultados práticos em situações jurídicas, em decisões judiciais, que demandam atuações jurídicas pautadas em gerar o melhor resultado possível dentro da realidade apresentada, a despeito de boas intenções de leis (im)perfeitas “[...]”

julgar questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e a prosperidade da pessoa” (Posner, 2010, p. 38-39).

Posner traz características do juiz pragmático, o qual, segundo ele, leva em conta as consequências tanto específicas quanto sistêmicas:

O juiz pragmático não nega as virtudes das normas jurídicas padrão de generalidades, previsibilidade e imparcialidade, que, em geral, favorecem uma abordagem oposta a mudanças para novas controvérsias legais. Ele se recusa a reificar ou sacralizar essas virtudes. Ousa compará-las às virtudes adaptativas de decisão do caso em questão, de forma a produzir as melhores consequências para as partes circunstanciadas da mesma forma. É impaciente com abstrações como ‘justiça’ e ‘imparcialidade’, com slogans como ‘autogoverno’ e ‘democracia’ e com a retórica pretensiosa de absolutos – a menos que fique convencido que essas bandeiras têm valor social prático [...] o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que ‘todas as coisas’ incluem tanto consequências específicas ao caso quanto sistêmicas (Posner, 2010, p. 9-10)

Os termos “pragmatismo” e “consequencialismo” talvez sejam apenas nomes distintos para uma mesma abordagem, sendo, entretanto, a perspectiva de Posner ligada mais à obtenção de resultados dentro da Análise Econômica do Direito, com premissas de microeconomia. Já o consequencialismo, de forma ampla, trata-se de adoção de argumentos interdisciplinares e até extrajurídicos, diante da Antropologia, Economia, Psicologia de massas, Sociologia, por exemplo, por atividades ou normas em choque dentro de um sistema (Amaral, 2010, p. 162-164), para o qual é fundamental ponderar as consequências para se alcançar os melhores resultados possíveis, inclusive em decisões trágicas por escassez, conforme estudos de vertentes do referencial *Law and Economics*, como a teoria dos jogos, por exemplo.

A ideia de pragmatismo cotidiano de Posner é bem próxima da noção de consequencialismo, de forma ampla, adotado em estudos estudiosos que explicam o consequencialismo em diversas formas de desenvolvimento que não somente na área do Direito:

A análise das consequências como forma de valorar a adequação de uma conduta não é própria da ciência jurídica, aparecendo não apenas como um raciocínio comum empregado pelas pessoas em geral, como também, devidamente estruturada no campo das discussões sobre filosofia, notadamente no campo da ética teleológica, e

desdobramentos em diversas outras áreas de conhecimento e comportamento humano. O consequencialismo, neste contexto mais amplo, identifica-se com a noção ou visão de que o valor das ações está fundamentalmente ligado às consequências dela advindas [...] a proposta de adoção de argumentos consequencialistas, no campo do direito ganha força no contexto das discussões entre o realismo e o formalismo no pensamento jurídico norte-americano, e especialmente a partir da formulação da chamada “Análise Econômica do Direito” [...]. (Viaro, 2019, p. 73-85)

A busca da maximização da eficiência – a realização dos melhores resultados possíveis com os menores custos – é uma premissa consequencialista que leva em conta o melhor que se pode esperar. Não é necessariamente uma ideia utilitarista, mas que pode envolver ponderação de valores, com critérios variados, como de “Justiça”, e somente a situação fática ou normativa pode dizer quais seriam os melhores resultados esperados dentro da razoabilidade, podendo, inclusive, envolver ponderações de Ética, por exemplo (Amaral, 2010, p. 167).

Na perspectiva dos resultados alcançáveis, com argumentos do consequencialismo do ANPP, das externalidades positivas, estão a pacificação pela colaboração e o consenso por meio da autoresponsabilização do réu, com intervenção mínima do Estado-Jurisdição, sem a produção de provas, evitando a revitimização pela dispensa da presença da vítima novamente em sede judicial.

Um aspecto de externalidade negativa do instituto seria a prática velada de *overcharging* – a sobrecarga, o acúmulo de processos, muitos com pouca probabilidade de condenação – que podem levar a acordos desproporcionais ou “forçados” (Ribeiro, 2021). Estes acordos muitas vezes aceitos para que o réu se veja livre do processo judicial e possa obter benefícios pela ausência de processo em tramitação contra si – para admissão em trabalho que exija certidão negativa de antecedentes criminais, para transporte de cargas valiosas, por exemplo.

Quando envolve questão de ponderação de valores ou princípios jurídicos e econômicos, ou de decisões de política criminal, como o ANPP, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks é interessante ser mencionado para se chegar em resultados aceitos como os melhores possíveis dentro de um cenário de escassez. Este critério atribui a compensação dos prejudicados pelos sujeitos beneficiados – em um somatório dos níveis de utilidade – com

medida socialmente eficiente, trazendo mais bem-estar social que o patamar inicial. Por este critério, a alteração adotada é aceita pela compensação financeira aos prejudicados, considerada a mudança, portanto, Kaldor eficiente: “Kaldor eficiente se, após a mudança do *status quo*, for hipoteticamente possível uma redistribuição de recursos capaz de criar um estado Pareto superior ao estado original” (Gico Júnior, 2020, p. 85-91).

As externalidades positivas obtidas a partir do instituto do ANPP podem compensar os prejudicados com o crime – a vítima, a sociedade, o Estado – inclusive pode gerar externalidades positivas muito além dos envolvidos no processo, pode gerar benefícios sociais por meio das prestações pecuniárias destinadas a entidades públicas ou privadas com destinação social.

O ANPP produz, teoricamente, em condições regulares no cumprimento das condições, um ideal de Pareto Eficiente com a realização externada. Representa um aumento de bem-estar por não haver coerção judicial, com uma mínima intervenção estatal:

[...] a liberdade como ausência de coerção, via de regra, aumenta o bem-estar social. Do ponto de vista processual, essa afirmação equivale a dizer que um acordo judicial normalmente Pareto eficiente (liberdade), enquanto uma decisão judicial (coerção) não (Gico Júnior, 2020, p. 53)

O acordo firmado em processos de crimes de médio potencial ofensivo em sede do Ministério Público, com acompanhamento de Advogado/Defensor, em nada parece destoar da liberdade intrínseca na autonomia da vontade e no respeito ao devido processo legal. Ou seja, nada que indicasse a necessidade de realização de audiência para homologação do acordo, por ser, por vezes, de interesse do próprio acusado evitar uma audiência. Pode ser considerado, em análise sugestiva, que é supérflua a realização de audiência por não envolver prejuízo criminal aos interessados, sendo a audiência um “preciosismo”, um excesso evitável. Seria suficiente a verificação dos requisitos documentados e homologação por decisão nos autos.

É até excêntrica a necessidade de audiência para homologação do ANPP, por exemplo, diante de não observância das regras ordinárias de Direito Processual Penal e de Direito Constitucional, como as prisões que estariam

ocorrendo nos Inquéritos n. 4.781 e n. 4.828, instaurados e em tramitação pelo Supremo Tribunal Federal, que geram duras críticas:

O Inquérito n. 4.828, da mesma forma como ocorreu com seu antecessor [Inquérito n. 4.781], foi decretado como sigiloso. Aqui, também, os advogados dos investigados foram tolhidos no seu direito de defesa, haja vista que durante muito tempo não tiveram acesso aos autos. Embora comunicada sobre essas aberrações e ilegalidades, a OAB Nacional se calou [...] Em ambos os inquéritos, principalmente o de n. 4.828, o cunho político e perseguidor de pessoas conservadoras, é evidente (Greco, 2020, p. 101)

A dimensão prospectiva, com projeção das consequências de determinados atos e decisões, em raciocínio consequencialista, é importante para evitar prejuízos. Se um instituto processual penal como o ANPP pode ser considerado em suas consequências reais, em um pragmatismo benéfico ao réu e à vítima, por meio de lei, por outro lado é problemática a adoção do “consequencialismo” nas decisões judiciais, de uma forma ampla.

Seria um consequencialismo ativista o afastamento do princípio da legalidade pela Corte Constitucional ao criar crime de “homofobia e transfobia”, em analogia *in malam partem*, na ADO 26 e no MI 4733, o que, obviamente, recebe muitas críticas acerca desta hermenêutica consequencialista, pós-moderna:

Juntos, o guardião da Constituição e o fiscal da lei – defensores do Estado de Direito e do regime democrático – solaparam a Constituição Federal e o princípio de direito penal mais básico e elementar para a defesa do cidadão [...] de modo que o cidadão pode ser processado criminalmente e preso por algo que legalmente não é crime, mas que por mera vontade de alguém passou a ser, tal como já se verificou no tal Inquérito 4.781, em que supostamente se criminalizou *fake news*, sem que se saiba qual é a sua definição e alcance, nem as condutas dos investigados que tenham dado ensejo à investigação e às medidas cautelares restritivas de direitos e de liberdades que já lhes foram impostas (Piovezan, 2020, p. 243-244)

Banalizar argumentos consequencialistas diante de ausência de lei, diante de lacunas, de cláusulas gerais e ambiguidades, até em contrariedade às regras constitucionais, se estaria dando o nome de consequencialismo com vários subsídios teóricos, como da Análise Econômica do Direito, ao chamado ativismo judicial.

A deturpação das funções públicas pela politização levada aos tribunais gera a tentativa de resolver questões jurídicas e/ou políticas por via transversa, desvirtuando as funções dos julgadores, dos funcionários públicos, em um movimento que estaria além do ativismo judicial – este considerado a atribuição de direitos ou proteções pelo Judiciário. Estaríamos em um novo constitucionalismo, rumo a uma “juristocracia”, que seria uma “nova ordem política” que estaria se estabelecendo com resultados políticos, ideológicos e até morais, por muitos tribunais em todo o mundo:

Mas o trem do progressivo processo de judicialização da política já deixou a estação de jurisprudência sobre direitos. A expansão da província dos tribunais na determinação de resultados políticos às custas de ocupantes de cargos eletivos, funcionários públicos e/ou da população não só se tornou mais difundida globalmente do que nunca; também se expandiu para se tornar um fenômeno múltiplo e multifacetado, estendendo-se muito além do conceito agora padrão de formulação de políticas públicas por juízes, por meio da jurisprudência sobre direitos constitucionalizados e do redesenho judicial das fronteiras legislativas [...] O que tem sido vagamente denominado “ativismo judicial” evoluiu para além das convenções existentes encontradas na doutrina do direito constitucional. Uma nova ordem política – a juristocracia – vem se estabelecendo rapidamente em todo o mundo (Hirschl, 2020, p. 366-367)

A coerência, por óbvio, dentro do ordenamento jurídico, é uma máxima legal hermenêutica, como ensina Norberto Bobbio, que implica consequências na justiça do ordenamento jurídico – na “certeza (na ordem e na paz) e na justiça (no valor da igualdade)”:

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que, quando duas normas contraditórias são ambas válidas e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade) (Bobbio, 2014, p. 111)

A propósito, vale trazer à lume alguns apontamentos de Humberto Ávila sobre a coerência dentro do ordenamento:

[...] o Direito deve ser conhecido, compreendido, estável, não contraditório, igualitário, prospectivo e efetivo; deve permitir ao indivíduo ter plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro

com liberdade – numa palavra: ser de fato, e não apenas verbalmente, tratado como um sujeito e um fim em si mesmo[...] (Ávila, 2019, p. 19)

O consequencialismo no Poder Judiciário que venha a desvirtuar a própria função jurisdicional e o Estado Democrático de Direito, com até a criação de crime, é uma atuação de política criminal judicial, que pode até ter argumentos consequencialistas convincentes, mas representa um retrocesso à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito. Daí o necessário e constante zelo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O problema de pesquisa foi concentrado em analisar as características do ANPP - Acordo de Não Persecução Penal, como previsão despenalizadora recente no ordenamento brasileiro por meio da Lei n. 13.964/2019. Foi destinada atenção em análise crítica e sugestiva na averiguação das possibilidades de maximização da eficiência do instituto pelo referencial teórico da Análise Econômica do Direito.

Deveras, o viés econômico da medida despenalizadora é um diferencial que pode favorecer uma gestão processual mais ágil para diminuição do número de processos em tramitação e gerar melhores resultados econômicos e sociais diante de práticas delitivas. Traz, potencialmente, melhores resultados gerais, com base em argumentos consequencialistas, com a adoção de condições suficientes de reparação do crime que tornem desnecessária a tramitação regular do processo penal, deixando ainda o benefício de não gerar antecedentes criminais.

Os principais questionamentos, em análise crítica, levam à conclusão de que o ANPP é um instrumento de política criminal consequencialista para realizar uma gestão processual mais liberal, em um pragmatismo dos resultados do delito e das finalidades do processo penal.

Chega-se, com o ANPP, pelo critério Kaldor-Hicks, “Kaldor-eficiente”, de maximização da eficiência, aos resultados melhores possíveis dentro de um cenário de escassez de serventuários da justiça e necessidade de economicidade dos meios. Diante da enorme quantia de processos judiciais, muitos fadados à prescrição penal, atribuem-se compensações aos

prejudicados pelos autores dos delitos. Traz, assim, mais bem-estar social que o patamar inicial, com o crime cometido, o processamento delongado e custoso.

Pode-se inferir, pela Análise Econômica do Direito, em raciocínio logico-dedutivo, em análise de custo-benefício, que as regras legais do ANPP ainda apresentam excessos burocráticos pelo formalismo ao exigir audiência de homologação com a presença do acusado em juízo e o cumprimento do acordo perante o Juízo da Execução Penal, por exemplo.

Para os crimes de médio potencial ofensivo, aos quais o ANPP visa evitar o processamento regular, poderia ser mais célere a homologação do acordo sem audiência, somente com a verificação das condições documentadas. Isto não representa prejuízo para acusado, pois não implica ônus reverso, já que não trata do mérito especificamente. Ademais, caso o acordo não seja cumprido, o processo retorna para processamento com a instrução processual com todas as possibilidades recursais.

O ANPP pode ajudar a aumentar a eficácia processual e eficiência econômico-social na gestão dos processos judiciais penais, evitar as prescrições e custos estatais, podendo colaborar com o Estado na realização da segurança pública de forma mais proveitosa.

Os acordos podem colaborar, além do aspecto pedagógico direto ao agente do crime, também para a realização da segurança pública e economicidade, por serem fonte de custeio, com as prestações pecuniárias, que podem ser destinadas para entidades públicas ou privadas com destinação social.

Um dos principais problemas do Estado está na manutenção da segurança pública e na gestão jurisdicional diante da manutenção do próprio Estado e do custo jurisdicional para se chegar à noção de realização da segurança pública com Justiça e eficiência. Assim, institutos despenalizadores que visam dar mais celeridade e melhores resultados práticos devem ser adotados e melhorados com o passar do tempo. Deverão, supostamente, quiçá, com o tempo, serem reconhecidos os acordos firmados em presença do Ministério Público e Advogado/Defensor, sem realização de audiência para homologação, suficiente para o devido processo legal substancial a homologação por decisão judicial do acordo documentado.

Quanto à repercução da lei do ANPP e do cumprimento das condições acordadas, espera-se que não seja utilizado o instituto em ativismo judicial ou desenvolvimento de juristrocracia – em análise puramente discricionária e política para não serem realizados os acordos. Apesar de não se considerar que o estabelecimento do ANPP seja um direito subjetivo do acusado, isto não pode ser manejado exclusivamente ao livre-arbítrio da autoridade representante do Ministério Público ou do Poder Judiciário.

A jurisdição não pode deixar de ser essencialmente constitucional, em consideração do Estado Democrático de Direito, pelo dever de coerência no ordenamento jurídico, embora possam haver alterações legais e interpretações jurisprudenciais que conferem dinamismo e aperfeiçoamento no trato das questões e demandas jurídico-sociais. Certa margem de liberdade processual até mesmo em questões que envolvam Direito Penal ou Processual Penal, em benefício do acusado, como diante da previsão do ANPP - Acordo de Não Persecução Penal, sem o processamento judicial ordinário, é um pragmatismo consequencialista de maximização da eficiência que deve ser louvado.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BASTIAT, F. **O que se vê e o que não se vê**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm). Acesso em: 06 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 06 fev. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm). Acesso em: 06 fev. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm). Acesso em: 06 fev. 2024.

CARPES, B. A. **O mito do encarceramento em massa**. Londrina: E.D.A., 2021.

GICO JÚNIOR, I. T. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Foco, 2020.

GRECO, R. O STF e seus inquéritos ilegais. *In*: PIOVEZAN, C. R. de M. **Inquérito do fim do mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro**. Londrina: E.D.A., 2020, p. 83-102.

HIRSCHL, R. **Ruma à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: E.D.A., 2020.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende de impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020

MILL, J. S. **Da liberdade individual e econômica**: princípios e aplicações do pensamento liberal. São Paulo: Faro Editorial, 2019.

MISES, L. V. **Burocracia**. Campinas: Vide Editorial, 2018.

PIOVEZAN, C. R. de M. A corrupção da linguagem e a inconstitucionalidade da Constituição. *In*: PIOVEZAN, C. R. de M. **Sereis como deuses**: o STF e a subversão da Justiça. Londrina: E.D.A., 2020, p. 205-248.

POSNER, R. A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, R. A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, C. A. **Overcharging**: a prática de abusar nas acusações precisa ser freada. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/overcharging-abusar-nas-acusacoes/>. Acesso em: 06 fev. 2024.



VIARO, F. A. N. Consequencialismo e decisão judicial. *In*: MARTINS, I. G. da S. *et al.* **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Foco, 2019.