

Autores

Clara Nunes de Sousa
Edcarlos Rebouças Oliveira
Guilherme Castro da Silva
Guilherme Costa Silbernagel
Isabelle Alves Moreira de Oliveira
Isabelly Ribeiro de Meneses
Jadson Jessé C. Pereira
Jaqueline Andrade Gomes
Jennifer Stephani Soares Oliveira
João Marcos Muniz Rodrigues da Silva
Júlia Gomes Fernandes
Letícia da Silva Santos
Luís Felipe Nunes Sacramento Escórcio Moura
Marcelo Pereira Cruvinel
Maria Eduarda Albuquerque Santos
Matheus Soares da Costa
Matheus Barbosa da Cunha
Thayane Cristina de Almeida Souto

Ensaio Jurídicos

Vol.3

Marcelo Pereira Cruvinel
Coordenador

Marcelo Pereira Cruvinel
Coordenador

Este livro, coordenado pelo professor Marcelo Pereira Cruvinel, é fruto de um esforço colaborativo com alunos pesquisadores de graduação em Direito, abordando temáticas contemporâneas e multidisciplinares que refletem os desafios e as transformações jurídicas na atualidade. Cada artigo apresentado é um convite à reflexão crítica e ao aprofundamento acadêmico sobre temas centrais para a compreensão do ordenamento jurídico e suas implicações sociais, políticas e econômicas.

Autores

Clara Nunes de Sousa
Edcarlos Rebouças Oliveira
Guilherme Castro da Silva
Guilherme Costa Silbernagel
Isabelle Alves Moreira de Oliveira
Isabelly Ribeiro de Menezes
Jadson Jessé C. Pereira
Jaqueline Andrade Gomes
Jennifer Stephani Soares Oliveira
João Marcos Muniz Rodrigues da Silva
Júlia Gomes Fernandes
Letícia da Silva Santos
Luís Felipe Nunes Sacramento Escórcio Moura
Marcelo Pereira Cruvinel
Maria Eduarda Albuquerque Santos
Matheus Soares da Costa
Matheus Barbosa da Cunha
Thayane Cristina de Almeida Souto

ISBN 978-65-6006-162-0



9 786560 061620 >


EXPERT
EDITORA DIGITAL

Ensaio
Jurídico
Vol.3

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

RUVINEL, Marcelo Pereira (Coord.)

Ensaio Jurídico Vol. III

Coordenador: Marcelo Pereira Cruvinel

Autores: Clara Nunes de Sousa, Edcarlos Rebouças Oliveira, Guilherme Castro da Silva, Guilherme Costa Silbernagel, Isabelle Alves Moreira de Oliveira, Isabella Ribeiro de Menezes, Jadson Jessé C. Pereira, Jaqueline Andrade Gomes, Jennifer Stephani Soares Oliveira, João Marcos Muniz Rodrigues da Silva, Júlia Gomes Fernandes, Leticia da Silva Santos, Luís Felipe Nunes Sacramento Escórcio Moura, Marcelo Pereira Cruvinel, Maria Eduarda Albuquerque Santos, Matheus Soares da Costa, Matheus Barbosa da Cunha, Thayane Cristina de Almeida Souto. – Belo Horizonte: Expert Editora, 2025.

474p.

Inclui bibliografia e apêndices.

ISBN: 978-65-6006-162-0

1; Direito 2. Direito Constitucional 3. Direito Administrativo 4. Direitos Humanos 5. Proteção de Dados – Brasil. 6. Direito Digital – Brasil. II. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

COORDENAÇÃO

Marcelo Pereira Cruvinel

AUTORES

Clara Nunes de Sousa

Edcarlos Rebouças Oliveira

Guilherme Castro da Silva

Guilherme Costa Silbernagel

Isabelle Alves Moreira de Oliveira

Isabelly Ribeiro de Menezes

Jadson Jessé C. Pereira

Jaqueline Andrade Gomes

Jennifer Stephani Soares Oliveira

João Marcos Muniz Rodrigues da Silva

Júlia Gomes Fernandes

Letícia da Silva Santos

Luís Felipe Nunes Sacramento Escórcio Moura

Marcelo Pereira Cruvinel

Maria Eduarda Albuquerque Santos

Matheus Soares da Costa

Matheus Barbosa da Cunha

Thayane Cristina de Almeida Souto

APRESENTAÇÃO

Este livro é fruto de um esforço colaborativo com alunos pesquisadores de graduação em Direito, abordando temáticas contemporâneas e multidisciplinares que refletem os desafios e as transformações jurídicas na atualidade. Cada artigo apresentado é um convite à reflexão crítica e ao aprofundamento acadêmico sobre temas centrais para a compreensão do ordenamento jurídico e suas implicações sociais, políticas e econômicas.

No artigo *Direito à Privacidade e à Proteção de Dados na Era Digital* exploram-se os desafios impostos pela digitalização e pela massiva coleta de dados pessoais. Aborda a legislação nacional e internacional, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), destacando a importância da tutela dos direitos fundamentais em face do avanço tecnológico.

O estudo *A Construção do Direito dos Povos Indígenas e Conflitos Associados ao Direito Ambiental* analisa a intersecção entre os direitos dos povos indígenas e a proteção ambiental, destacando os conflitos de interesses envolvendo terras indígenas, mineração e desmatamento. Discute também a participação dos povos originários na elaboração de políticas públicas.

A Ineficiência do Estado e o Escapismo da Saúde Suplementar como Obstáculos à Concretização do Direito à Saúde aborda a relação entre a precariedade do sistema público de saúde e a busca por alternativas no setor privado. Analisa as implicações dessa realidade para a universalidade e a igualdade no acesso à saúde.

Com uma abordagem crítica, o artigo *Saída Temporária de Presos: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 7663/2024 e a Visão Punitivista do Congresso Nacional* discorre a recente ADI sobre saídas temporárias, analisando como as decisões legislativas refletem um viés punitivista e os impactos para a ressocialização de presos.

A pesquisa sobre o *Controle de Constitucionalidade: Modelos e Aplicações no Brasil* apresenta um panorama sobre os diferentes modelos

de controle de constitucionalidade, discutindo as especificidades e eficácia do modelo brasileiro em comparação com outras jurisdições.

Na pesquisa sobre a *Improbidade Administrativa: O Medo das Consequências Legais como Obstáculo à Implementação de Políticas Públicas* discute-se como a rigidez na aplicação da legislação sobre improbidade administrativa pode gerar paralisa administrativa e prejudicar a execução de políticas públicas.

Complementando o estudo anterior, a tratativa sobre a *Improbidade Administrativa e seus Efeitos no Serviço Público* analisa os impactos concretos da improbidade administrativa na gestão pública, incluindo as repercussões sobre a confiança dos servidores e a eficiência do serviço público.

A pesquisa sobre as *Restrições Administrativas do Poder de Polícia e os seus Reflexos nos Direitos Individuais* examina os limites do poder de polícia estatal, discutindo as tensões entre as restrições administrativas e a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O papel do Poder Judiciário no equilíbrio entre os Três Poderes é analisado no estudo *A Separação dos Poderes e a Atuação Constitucional do Poder Judiciário no Brasil*, abordando ainda como a judicialização das políticas públicas impacta a dinâmica constitucional brasileira.

Com foco na inovação, o artigo *O Impacto das Inovações Tecnológicas na Administração Pública: Iniciativas de Governo Digital e Transformação Digital* explora como as tecnologias digitais estão transformando a administração pública, promovendo maior eficiência, transparência e acessibilidade.

Encerrando a obra, *A Responsabilidade Civil no Brasil: Análise Prática e Jurisprudencial* oferece uma abordagem pragmática sobre a responsabilidade civil, apresentando os principais conceitos, aplicações práticas e a evolução jurisprudencial no Brasil.

Este livro é uma contribuição relevante para o debate jurídico, propondo soluções e reflexões sobre temas críticos para o avanço do Direito e da sociedade brasileira.

Aluno é alguém que assiste aula
Estudante é aquele que estuda.
Assistir aula é uma atividade coletiva e passiva.
Estudar é uma atividade solitária e ativa.
Quem assiste aula, absorve.
Quem estuda, produz.
Boa leitura!

Marcelo Pereira Cruvinel

SUMÁRIO

Direito à privacidade e à proteção de dados na era digital.....	15
<i>Clara Nunes de Sousa, Jennifer Stephani Soares Oliveira, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
A construção do direito dos povos indígenas e conflitos associados ao direito ambiental	79
<i>Isabelle Alves Moreira de Oliveira, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
A ineficiência do Estado e o escapismo da saúde suplementar como obstáculos à concretização do direito à saúde	131
<i>Jaqueline Andrade Gomes</i>	
<i>Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
Saída temporária de presos: Ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº 7663/2024 e a visão punitivista do congresso nacional.....	161
<i>Matheus Barbosa da Cunha, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
Controle de constitucionalidade: modelos e aplicações no Brasil.....	217
<i>Guilherme Costa Silbernagel, Jadson Jessé C. Pereira, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
Improbidade administrativa: O medo das consequências legais como obstáculo à implementação de políticas públicas	257
<i>Guilherme Castro da Silva, Júlia Gomes Fernandes, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
Improbidade administrativa e seus efeitos no serviço público	291
<i>Leticia da Silva Santos, Maria Eduarda Albuquerque Santos, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
Restrições administrativas do poder de polícia e os seus reflexos nos direitos individuais	335
<i>Isabelly Ribeiro de Menezes, Thayane Cristina de Almeida Souto, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	

A separação dos poderes e a atuação constitucional do poder judiciário no Brasil.....365

Matheus Soares da Costa, Marcelo Pereira Cruvinel

O impacto das inovações tecnológicas na administração pública: Iniciativas de governo digital e transformação digital.....411

Edcarlos Rebouças Oliveira, Marcelo Pereira Cruvinel

A responsabilidade civil no Brasil: Análise prática e jurisprudencial.....433

João Marcos Muniz Rodrigues da Silva, Luís Felipe Nunes Sacramento Escórcio Moura, Marcelo Pereira Cruvinel

DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS NA ERA DIGITAL

*Clara Nunes de Sousa*¹

*Jennifer Stephani Soares Oliveira*²

*Marcelo Pereira Cruvinel*³

Resumo: Este artigo aborda os desafios e as vulnerabilidades do direito à privacidade e a proteção de dados na era digital, explorando o impacto das legislações vigentes, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR). Com o crescimento das tecnologias e a coleta massiva de informações pessoais, questões relacionadas à segurança digital e à privacidade tornam-se cada vez mais complexas. A análise inclui a distinção entre privacidade física e digital, examina os riscos associados a *cyberataques*, vazamentos de dados e falhas de segurança, e discute a atuação das grandes plataformas digitais na coleta e tratamento de dados. Além disso, investiga-se o papel das novas tecnologias, como a Internet das Coisas (*IoT*), a inteligência artificial (*IA*) e o big data, e suas implicações para o futuro da privacidade. Conclui-se que, embora as legislações representem avanços significativos, a proteção efetiva dos dados pessoais exige uma abordagem conjunta entre regulação

1 Graduanda em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

2 Graduanda em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

3 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia.

jurídica, responsabilidade empresarial e conscientização digital dos indivíduos.

Palavras-chave: Privacidade Digital; Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); Internet das Coisas; Inteligência Artificial; Segurança Digital.

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade e à proteção de dados na era digital tem dois pontos focais, a privacidade e os dados, haja vista que as tecnologias de informação e comunicação estão crescendo cada vez mais, em observância a crescente digitalização das relações humanas que desempenham um papel central no cotidiano do indivíduo. Este artigo vai analisar os conceitos de cada ponto principal, bem como os desafios e vulnerabilidades das leis e das ferramentas que protegem os dados pessoais, em destaque a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), sendo esta a lei primordial diante das lacunas das normas e do vazamento de dados.

Apesar de já existirem normas específicas como a LGPD, Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), bem como a própria Constituição Federal, a problemática do artigo se dá pelas questões que persistem na ineficácia que acabam gerando a violação e o vazamento dos dados e das informações, bem como pelo uso indevido das informações pessoais, os vazamentos de dados e a falta de conscientização da população sobre seus direitos.

Além disso, cumpre informar que mesmo diante dos obstáculos significativos da privacidade digital na era cotidiana, é de extrema importância para a sociedade relacionar o avanço tecnológico com os impactos dessas vulnerabilidades com as legislações existentes, pois com a norma regulamentadora há uma melhora na aplicabilidade de sanções diante da violação contra o indivíduo.

Diante disso, cumpre questionar se as legislações que regem a proteção ao direito à privacidade e aos dados e informações pessoais

são eficientes neste mundo tecnológico? Há meios de reverter alguma violação ou vazamento de dados? Existem punições caso haja essa violação à privacidade? Como combater essas ameaças?

Foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica realizada pelos estudos em fontes secundárias por meio de artigos, livros e trabalhos acadêmicos, para obter resultados acerca da problematização do tema. Tal método foi utilizado para facilitar a análise de forma sucinta e objetiva na obtenção de informações e dados pelas leis vigentes e sites dos ministérios pelo Gov.br, os quais corroboraram para o estudo, com ênfase no estudo documental para o objetivo da construção do trabalho.

Posto isso, no artigo será analisado os desafios enfrentados na aplicação da legislação do Brasil, como essas legislações e os outros dispositivos surgiram e suas devidas respostas quanto a essa necessidade de proteger os dados pessoais em um contexto globalizado, bem como, analisar os principais desafios de como combater os ataques virtuais e as soluções jurídicas relacionadas à privacidade e à proteção de dados.

1. CONCEITO DE PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

O conceito de privacidade tem passado por profundas transformações na era digital, impulsionado pelo avanço das tecnologias de informação e comunicação. Tradicionalmente associado à proteção da vida privada e à inviolabilidade domiciliar, o conceito de privacidade agora abrange uma gama mais ampla de aspectos relacionados ao uso e à proteção de dados pessoais.

O direito à privacidade consiste no direito essencial que permite a cada indivíduo de proteger sua vida pessoal, englobando a coleta e o uso de seus dados, mas não se resume a apenas isso. Diante dos diversos conceitos pelos doutrinadores, é demonstrado por Celso Ribeiro Bastos que privacidade é:

A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (BASTOS, 1999, p. 55-56)

A respeito das variadas formas de denominação, cabe ressaltar o conceito de outro doutrinador com relação a definição do direito à privacidade:

Diferentes denominações têm recebido esse direito, desde “right of privacy” ou “right to be alone” (no direito anglo-norte-americano); “droit à la vie privée” (francês); “diritto alla riservatezza” (italiano); “derecho a la esfera secreta” (espanhol); “direito de estar só”; “direito a privacidade” e “direito ao resguardo”. (BITTAR, Carlos Alberto, 2006, pág. 110)

Nesse cenário, o direito à privacidade se torna fundamental tanto para o desenvolvimento da identidade individual e a formação da identidade pessoal e sua livre expressão, quanto para o funcionamento de uma sociedade democrática. Isso ocorre porque o direito de personalidade está profundamente ligado à forma como nos apresentamos socialmente e às interações que ocorrem nesse âmbito. (Lacerda, 2023, pág. 154).

Outro ponto importante é a definição conforme o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, no qual expressa que o direito à privacidade se trata de um direito em que são invioláveis “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Sendo especificado por Doneda acerca da proteção jurídica da privacidade bem como as suas ramificações:

Ao se tratar da privacidade, há de se fazer antes de tudo um esclarecimento inicial sobre a terminologia utilizada. A profusão de termos utilizados pela doutrina brasileira para representá-la propriamente ou não, é considerável; além de ‘privacidade’ propriamente dito, podem ser lembrados os termos: vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, e outros menos utilizados, como ‘privatividade’ e ‘privaticidade’, por exemplo. O fato da doutrina estrangeira apontar igualmente para uma multiplicidade de alternativas certamente contribui, induzindo juristas brasileiros a experimentar diversas destas. (2006, p. 101)

Na era digital, a privacidade pode ser entendida como o controle que um indivíduo exerce sobre suas informações pessoais, bem como a garantia de que esses dados não serão utilizados de maneira abusiva ou sem consentimento. Segundo Westin (1967), privacidade é “a reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições para determinarem por si mesmos quando, como e em que medida as informações sobre eles são comunicadas a outros”. Esse conceito se tornou ainda mais relevante no contexto atual, em que dispositivos conectados, redes sociais e sistemas de vigilância digital capturam e armazenam uma quantidade sem precedentes de dados pessoais.

As demandas da era digital influenciaram o direito à intimidade, reconhecendo-o como uma extensão da dignidade humana e um direito fundamental que compõe a personalidade. Nesse contexto, ao surgir a autodeterminação informativa que se refere à capacidade do indivíduo de controlar suas informações pessoais e decidir como elas são utilizadas, as relações da informática e a intimidade. (Limberger, 2007, p. 119)

Outro doutrinador afirma que: “[...] o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada [...]” (Rodotá, 1995, p. 122).

Existe uma diferença entre a privacidade e proteção de dados pessoais, onde os dados são informações básicas de qualquer pessoa para sua identificação, por exemplo, o nome e a idade, residência, e-mail, número de contato, entre outros dados, já os dados pessoais são confidenciais além das informações. O direito à privacidade representa a salvaguarda legal e ética que protege as informações, assegura que esses esclarecimentos sejam utilizadas de forma equitativa e respeitosa para garantir que os dados não sejam divulgados.

A privacidade no contexto digital atual refere-se à salvaguarda das informações pessoais e dados dos indivíduos em ambientes virtuais, considerando que a internet é uma ferramenta crucial para a aquisição de conhecimento e para a comunicação interpessoal. Contudo, esse aspecto tem se mostrado um instrumento de grande relevância haja vista que para aquisição de conhecimento e de informações em uma era em que a comunicação entre pessoas de diferentes locais é extremamente acessível, é um local de grande exposição de dados pessoais. (Filho, Saliba e Santos, 2014, pág. 83)

Ademais, essa facilidade também traz consigo o risco de exposição e roubo de informações no ambiente virtual, como pode ser demonstrado com a crescente interconexão. Devido ao elevado risco de exposição, há uma maior preocupação com a proteção da privacidade, já que o vazamento de dados se torna ainda mais importante e as pessoas estão mais suscetíveis a fraudes e violações de dados. Portanto, é crucial estabelecer um equilíbrio entre o acesso à informação e a proteção individual, incentivando práticas que assegurem a integridade e a privacidade das interações na internet.

Considerando que isso implica o controle de quem tem permissão para acessar, compartilhar e utilizar esses dados, além da segurança das comunicações e interações online, é importante observar o ambiente onde os dados são comumente recolhidos, examinados e vendidos. A privacidade implica assegurar que os usuários mantenham o domínio sobre si mesmos, bem como sobre quem ou onde compartilha essas informações.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), adotado pela União Europeia, e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), no Brasil, representam importantes avanços legislativos para a proteção da privacidade na era digital. Essas normativas estabelecem princípios como a transparência, a segurança e a responsabilização no tratamento de dados pessoais, colocando o indivíduo no centro do controle sobre suas informações. Para Silva (2020), “a proteção de dados pessoais é uma evolução necessária do conceito clássico de privacidade, adaptando-o às demandas da sociedade digital”.

Contudo, a era digital também traz desafios à privacidade, como a dificuldade de delimitar o que constitui um dado pessoal e a crescente utilização de tecnologias baseadas em inteligência artificial e big data. Essas tecnologias podem gerar riscos à privacidade, como a discriminação algorítmica e a exposição indevida de informações sensíveis. Nesse sentido, Zuboff (2019) alerta que “a era do capitalismo de vigilância transforma a privacidade em uma mercadoria, explorada para fins comerciais sem o pleno conhecimento ou consentimento dos indivíduos”.

Em suma, o conceito de privacidade na era digital vai além da simples proteção de espaços ou dados isolados, abrangendo o direito à autodeterminação informativa e ao controle sobre as próprias informações. Para que a privacidade seja efetivamente protegida, é fundamental que as legislações avancem em consonância com o desenvolvimento tecnológico e que haja uma conscientização coletiva sobre a importância desse direito fundamental.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRIVACIDADE

Na Antiguidade, o conceito de privacidade estava associado à distinção entre os espaços públicos e privados. Em sociedades como a grega e a romana, o lar (oikos) era considerado o espaço de intimidade, protegido das interferências externas, enquanto a vida pública acontecia na ágora ou no fórum. No entanto, a privacidade como um

direito individual não era amplamente reconhecida, sendo mais uma questão de prática cultural do que de proteção jurídica (Arendt, 2010).

Com o advento do Renascimento e, posteriormente, do Iluminismo, a privacidade começa a ganhar maior relevância, especialmente em função do crescimento do individualismo e da valorização da liberdade pessoal. Locke (1690) argumentou que os indivíduos possuem direitos naturais, incluindo o direito à propriedade e à liberdade, o que contribuiu para a formação de uma base filosófica para a privacidade.

A existência do direito à privacidade e a sua proteção surgiu em ensaio feito por Samuel Warren e Louis Brandeis no século XIX, em 1890, o qual era baseado em decisões já julgadas nos tribunais norte-americanos, e tais jurisprudências eram baseadas na proteção da propriedade imaterial vindo a constituir em um direito próprio à *privacy*. Conforme foi se moldando essas ideias, Ernst Benda defende a existência desse direito de estar só, no respeito ao livre arbítrio e nos interesses da sociedade, os quais podem estar interligados. (Cachapuz, 2006, p. 76-79). O artigo “The Right to Privacy”, publicado por Warren e Brandeis (1890) na *Harvard Law Review*, é amplamente considerado um marco nesse processo. Os autores definiram a privacidade como “o direito de ser deixado em paz” e argumentaram pela necessidade de protegê-la diante dos avanços tecnológicos da época, como a fotografia e a imprensa.

No século XX, a privacidade foi incorporada aos ordenamentos jurídicos internacionais, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo artigo 12 afirma que “ninguém será sujeito a interferência arbitrária em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência”. Essa proteção foi posteriormente reforçada por legislações nacionais e tratados internacionais.

Em seguida, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com base na Lei Fundamental, especialmente nos artigos 1º, alínea 1 (dignidade da pessoa humana) e 2º, alínea 1 (livre desenvolvimento da personalidade), estabeleceu proteção constitucional às esferas privada e íntima. (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949)

Conforme o Tribunal Federal da Alemanha, esclarece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade inicialmente se fundamentou no julgamento do caso Elfes ocorrido em 1957 utilizando a teoria do núcleo da personalidade, o qual perante o texto BVerfGE 6, 32, na decisão 14, há uma evidente reclamação constitucional contra decisão judicial, pois segundo ele “nem toda ação humana pode gozar da proteção do Art. 2 I GG na acepção de liberdade geral de ação, caso contrário as consequências dogmáticas poderiam ser desastrosa”. (MPF, 2005, pág. 188-195)

Essa teoria do livre desenvolvimento da personalidade propõe que a proteção da personalidade é essencial para garantir a dignidade humana e a autonomia individual, afinal ele argumenta que essa proteção é central para o desenvolvimento do direito à personalidade na jurisprudência alemã. (Schwabe, 2005, p. 187-188).

O caso Elfes foi um marco importante, pois destacou que a invasão da esfera pessoal de um indivíduo pode ter consequências profundas e graves. A partir dessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha passou a dar mais importância não apenas à proteção dos direitos individuais, mas também às questões centrais da identidade e das escolhas pessoais. (MPF, 2005, pág. 188-195)

Esse avanço contribuiu para a criação de um ambiente no qual as pessoas podem se desenvolver de forma completa, sem o receio de que sua privacidade seja invadida ou violada. Essa mudança reflete um compromisso com os valores democráticos e os direitos humanos, sublinhando a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a liberdade individual e a proteção da intimidade. (Rodrigues, 2019, pág.19)

Em 1981, o Conselho da Europa adotou a Convenção 108, que estabelecia normas para o tratamento de dados pessoais. Como essa convenção possui um alcance global, em 1995 foi criada a Diretiva 95/46/CE, que definiu de forma clara o conceito de dados pessoais e introduziu outras diretrizes importantes para a discussão sobre o tema, além de fomentar o comércio. (Fichas técnicas sobre a União Europeia - 2024)

Na contemporaneidade, a privacidade enfrenta novos desafios com o advento da era digital. A expansão da internet e o desenvolvimento de tecnologias de vigilância trouxeram à tona questões relacionadas ao uso de dados pessoais e à proteção contra a invasão de privacidade por governos e corporações. Como observa Solove (2008), “a privacidade não é um conceito estático, mas um conjunto de direitos que evolui à medida que surgem novas ameaças e oportunidades”.

O Marco Civil da Internet, na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, estabelece, no artigo 3º, diversos princípios que orientam o uso da internet no Brasil, incluindo, entre outros, o princípio da proteção da privacidade e dos dados pessoais, além de garantir direitos e proteções para os usuários da internet:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; (BRASIL, 2014). grifo nosso.

Ademais, conforme demonstrado no artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, terá acesso as informações quando pedir, registros e dados pessoais, ou seja, de acordo com a lei, não há empecilho de ter acesso às informações e dados pessoais pertinentes a sua individualidade:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em

cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. (BRASIL, 1990)

Outra lei que aborda sobre a proteção de dados pessoais é a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, alterada pela Lei 13.853, de 08 de julho de 2019, a qual criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, destarte, configurou-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Tal lei foi promulgada para proteger direitos individuais de liberdade e de privacidade, e a livre formação da personalidade, conforme o Site do Gov. do Ministério do Esporte dispõe:

O tratamento de dados diz respeito a qualquer atividade que utiliza um dado pessoal na execução da sua operação, como, por exemplo, coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. (Ministério do Esporte, 2024)

É tratado no artigo 5º, inciso I da LGPD o dado pessoal como “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

Por fim, cumpre citar o conceito dado pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), no artigo 4º que trata sobre as definições de cada conceito à LGPD:

Dados pessoais: informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular (GDPR, 2016)

A lei geral de tratamento de dados surgiu e tem como objetivo suprir a necessidade de favorecer esse acesso a dados pessoais em uma norma específica para compilar as diversas legislações anteriores que abordavam o tema, oferecendo maior segurança jurídica tanto para os titulares de dados quanto para as empresas e entidades que lidam com essas informações.

Em suma, a evolução histórica da privacidade reflete uma jornada de adaptação às demandas sociais e tecnológicas de cada época. Hoje, mais do que nunca, é fundamental continuar desenvolvendo mecanismos que garantam esse direito fundamental diante dos desafios impostos pela sociedade digital.

1.2 DIFERENÇAS ENTRE PRIVACIDADE FÍSICA E DIGITAL

A privacidade física refere-se à liberdade do indivíduo em ambientes físicos, ou seja, o direito do indivíduo se proteger contra vigilância não autorizada como vigiado por câmeras, intrusão na própria residência ou outra invasão do espaço privado, violação da liberdade pessoal como um interrogatório sem consentimento, ou seja, está relacionada à proteção da integridade física e ao respeito pela autonomia e espaço pessoal. (Ruaro et all, 2011).

Já a privacidade digital diz respeito à proteção das informações e dados pessoais que a pessoa compartilha na internet e no ambiente digital a qual envolve riscos tecnológicos, ou seja, todo o controle sobre os dados pessoais compartilhados em redes sociais, a proteção de informações bancárias e financeiras em transações online. Outros fatores que dizem respeito a privacidade digital são: roubo de dados pessoais que os *hackers* têm o domínio, uso abusivo de informações por empresas na coleta excessiva de dados sem transparência, como localização, histórico de navegação, o monitoramento do comportamento online sem consentimento que pode gerar até um crime de perseguição conforme o artigo 147-A do Código Penal, tudo isso no ambiente digital. (Único, 2023)

O controle para a privacidade física se dá pela permissão ou o impedimento de toques ou invasões ao espaço pessoal em locais físicos. Já no ambiente digital por mais que tenha o controle através de senhas e configurações de privacidades, o controle do uso de dados é mais complexo.

Uma outra diferença a ser abordada seria a privacidade de dados e a proteção de dados, esta primeira tem relação no direito dos indivíduos sobre a sua autonomia nas próprias informações pessoais, já a outra diz respeito as técnicas empregadas para garantir o direito à privacidade as quais inclui práticas contra o acesso e divulgação não autorizados desses dados. (Sussking, 2024).

Logo, diante dos conceitos demonstrados, é possível perceber as diferenças entre a privacidade física e digital no cotidiano de uma forma clara. Contudo, tais conceitos têm algo em comum, a violação a privacidade individual do indivíduo, que ocorre sempre que há um desrespeito à sua autonomia e ao seu direito de controlar informações pessoais, ou seja, é de extrema importância o limite e os mecanismos de defesa para contra as diversas violações do direito à privacidade.

1.3 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA A PRIVACIDADE

Diante do enorme desenvolvimento tecnológico durante os anos, a rede de internet atual cresce cada vez mais, fazendo com que usuários possam interagir entre si, sem estar perto ou presente do outro indivíduo, gerando na simples facilidade da comunicação entre as pessoas. Posto isso, cumpre informar sobre as diversas situações provenientes desse uso excessivo da internet e das informações as quais estão inseridas nesse meio.

As normas existem para atender às necessidades humanas, organizando-as de modo a impedir que o mundo se torne um lugar caótico e desprovido de regras, com limites inadequados. Paulo enfatiza a importância desse tema ao afirmar que:

A sociedade sem o direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida. (NADER, 2007, p.25)

Após a publicação de algo na internet, não há mais como recuperar o que foi divulgado, já que as pessoas podem salvá-lo em seus aparelhos e compartilhá-lo com outras pessoas. Dentre os inconvenientes, destacam-se a coleta indevida de dados pessoais, que podem ser eventualmente utilizadas para fraudes, além da violação da privacidade e a venda das informações obtidas. (Sales et all, 2014, p.3).

Dados podem ser combinados, resultando em um extenso banco de dados sobre pessoas. Indivíduos mal-intencionados utilizam suas competências tecnológicas para desenvolver vírus e softwares que se instalam em computadores, visando roubar dados e acessar contas bancárias. De acordo com o portal UOL, há 14 categorias de vírus que causam prejuízos aos usuários. Embora haja antivírus disponíveis,

eles não garantem uma defesa completa contra essas ameaças. (UOL FAC, 2022)

O Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, explica seu objetivo no 1º artigo “Esta lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios em relação à matéria.”. (BRASIL, 2014)

Ou seja, estabelece todos esses requisitos para o uso da internet no Brasil, fazendo com que a demanda da sociedade na busca de informações referente a conexão da internet e seus meios de envio e recebimento de dados podem estar ou não resguardados, bem como o endereço do IP para poder localizar a pessoa e o que ela transmite pelo aparelho que usa.

Um exemplo referente a violação da privacidade por meio da internet, aludida por Paulo Roberto Lessa Franz pela ementa da apelação civil do estado do Rio Grande do Sul, constando nesse caso a divulgação de dados cadastrais na rede:

APELACAO CIVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACAO DE REPARACAO DE DANOS MORAIS. DIVULGACAO DE DADOS CADASTRAIS NA INTERNET. AUSENCIA DE VIOLAÇÃO A INTIMIDADE OU PRIVACIDADE. DANO MORAL NAO CONFIGURADO. Embora incontroversa a falha praticada pela universidade requerida, ao divulgar dados cadastrais de milhares de alunos em correspondência eletrônica, inexistente prova do dano moral sofrido pela parte autora. Informações divulgadas que não são consideradas de caráter sigiloso ou íntimo, mas de fácil e ampla circulação no mercado de consumo. Relevância do fato de a demandada, ciente do equívoco, ter adotado medidas tendentes a minimizar os danos aos envolvidos. Inexistência de violação aos direitos à vida privada, intimidade, honra e imagem, previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(Apelação Cível, Nº 70057245193, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em: 28-11-2013)

De acordo com o site NEWSBOX, diversas manifestações populares ocorreram em todo o Brasil em 2013 devido à negligência e ao descuido do governo. Isso impactou profundamente a população, que se revoltou e saiu às ruas em busca de transformações. Por outro lado, o governo conseguiu acessar essas redes para tentar determinar o local das manifestações e os meios que seriam empregados pelos manifestantes. (NEWSBOX, 2018)

O problema reside na falta de uma definição clara sobre até onde essa invasão é aceitável, especialmente nesse contexto, já que as manifestações eram contra o governo. Essa abordagem do governo criou a impressão de que ele estava sempre um passo à frente da população, conferindo uma conotação negativa àqueles que discordavam dos acontecimentos atuais, ou seja, vai contra uma questão da segurança em detrimento da privacidade que a própria população deveria ter por direito.

Há uma grande lacuna no limite entre a liberdade de informação e a privacidade. Conforme explica os estudantes Silveira e Caldonazzo:

Há casos em que uma pessoa de figura pública toma determinadas atitudes em um local aberto, é fotografada e processa a imprensa por invasão de privacidade; além de análogos acontecimentos em que um programa de humor faz menção a determinado indivíduo de maneira vexatória; outros em que o jornalista cria polemica diante de uma foto tirada em momento de distração, até inventando fatos. São inúmeros os exemplos que podem ser citados e correm na justiça, pela falta de boa-fé de jornalistas ou de bom senso dos indivíduos que são seus alvos. (Silveira, Caldonazzo, 2014, pág. 87)

Portanto, são diversos exemplos que devem ser observados individualmente em cada contexto, haja vista que houve a violação dos direitos fundamentais, e dos danos referentes a violação de dados e informações sendo elas pessoais ou públicas, tendo que haver a aplicação da sanção correta para que o dano seja restaurado e reparado.

2. DESAFIOS E VULNERABILIDADES NA PROTEÇÃO DE DADOS DIGITAIS

Os desafios e vulnerabilidades na proteção de dados digitais são questões centrais em um mundo cada vez mais conectado. Com o crescimento exponencial da coleta, armazenamento e processamento de informações pessoais por meio de dispositivos digitais e plataformas online, surgem preocupações sobre a segurança e a privacidade dos usuários.

A digitalização crescente e o avanço das tecnologias têm transformado a proteção de dados pessoais em um desafio central para a privacidade. A dinâmica de coleta, armazenamento e compartilhamento de informações expõe os dados pessoais a abusos e violações. O poder das empresas em analisar e manipular grandes volumes de dados intensifica o monitoramento, colocando os indivíduos em uma posição vulnerável.

Isto posto, serão discutidos os desafios da proteção de dados em um cenário digital cada vez mais invasivo, abordando a exposição de dados em plataformas e redes sociais, o consentimento e a coleta de informações por empresas, e a relação entre tecnologia e privacidade em áreas emergentes, como a Internet das Coisas, inteligência artificial e big data, além das vulnerabilidades que ameaçam as leis de proteção de dados e como o avanço tecnológico pressiona os limites da privacidade individual.

2.1 CYBERATAQUES E VAZAMENTOS DE DADOS

Um dos principais desafios é a complexidade dos sistemas digitais, que muitas vezes apresentam vulnerabilidades exploradas por cibercriminosos. Segundo Schneier (2015), “a segurança é tão forte quanto o elo mais fraco, e em um ecossistema digital, esses elos são frequentemente humanos ou tecnológicos”. Ataques como ransomware, phishing e violações de dados são exemplos de ameaças comuns enfrentadas por indivíduos, empresas e governos.

Os cyberataques representam uma das principais ameaças à integridade e privacidade dos dados, utilizando-se de técnicas variadas para acessar e explorar informações de maneira não autorizada. Vazamentos de dados, muitas vezes decorrentes desses ataques ou de falhas de segurança internas, expõem informações sensíveis e comprometem a segurança dos indivíduos e das organizações.

Falhas de segurança, por sua vez, podem ocorrer tanto por erros humanos quanto por vulnerabilidades nos sistemas, criando brechas que facilitam o acesso não autorizado aos dados. Esses eventos demonstram a complexidade de proteger informações em um ambiente digital, onde as ameaças são constantes e as consequências, potencialmente graves. Diante disso, faz mister analisar e diferenciar os principais tipos de ataques.

2.1.1 ENGENHARIA SOCIAL

Para se adentrar de forma mais aprofundada no tema, vale ressaltar o significado do termo “Engenharia Social”. Basicamente, este termo se refere a uma técnica utilizada por criminosos virtuais que visam enganar os usuários para que enviem seus dados confidenciais, dessa forma, os hackers podem se beneficiar da falta de conhecimento desses usuários para “infectar” seus aparelhos com o chamado *malware*, um tipo de software malicioso projetado para causar danos ou acessar sistemas de forma não autorizada, sua origem vem de

“*malicious software*” que inclui uma variedade de ameaças digitais. (Karpersky Lab, 2024)

Em algumas situações, os invasores optam por técnicas mais simples de engenharia social para acessar redes ou computadores, como observar usuários em locais públicos, como praças de alimentação, onde é comum que pessoas trabalhem em tablets ou laptops. Dessa forma, eles conseguem captar diversos nomes de usuários e senhas sem a necessidade de enviar um e-mail ou programar qualquer código malicioso. Algumas abordagens de engenharia social chegam a envolver comunicação direta entre o criminoso e a vítima, com o invasor construindo um relacionamento para obter informações. Em certos casos, o hacker pode até simular interesse romântico, aproveitando-se da vulnerabilidade emocional da vítima para extrair dados confidenciais. (Karpersky Lab, 2024)

Dentre as ameaças que utilizam a engenharia social pode-se destacar (Karpersky Lab, 2024):

1. Ataques de Worms: programa contendo código malicioso que ataca um computador e se espalha pela rede onde o criminoso virtual tenta atrair a atenção do usuário para o link ou arquivo infectado para que o usuário clique nele.
2. Canais de envio de links com malware: os links para sites infectados podem ser enviados por e-mail, outros sistemas de mensagens instantâneas, ou até em salas de bate-papo na Internet. Frequentemente, os vírus de dispositivos móveis são enviados por mensagens SMS.
3. Ataques de rede ponto a ponto (P2P): essas redes também são usadas para distribuir malware. Um worm ou cavalo de Troia aparece na rede P2P, mas recebe um nome que chama atenção e leva os usuários a baixarem e abrir o arquivo.

A figura a seguir ilustra como funciona o ciclo da engenharia social:



Fonte: <https://www.compugraf.com.br/blog/engenharia-social-quem-e-quem/>

2.1.2 PHISHING

O *Phishing* é o crime onde os engenheiros sociais podem ter uma grande variedade de alvos ou, pode ser também voltado a um indivíduo em específico, a depender do invasor. Na maioria dos casos, as vítimas recebem em e-mail ou SMS, onde o criminoso se passa por uma organização de confiança, colega de trabalho, banco ou um órgão governamental. O invasor adapta o e-mail para falar diretamente com

a vítima, com informações que apenas ela saberia, tais informações obtidas através de acesso a dados pessoais. (Trend Micro, 2024)

Deve-se admitir que mesmo que o destinatário seja cauteloso, acabam mordendo a isca e dependendo, clicam no link enviado pelo criminoso, que cria uma espécie de imitação de um website legítimo. A partir desse ponto, pedem para fazer o *login*, colocado um usuário e senha, e através de alguns segundos eles obtêm acesso a várias informações para realizar atos ilícitos ou extorquir mediante algum tipo de ameaça.

Segundo a Kaspersky, um em cada cinco brasileiros foi alvo de pelo menos um ataque de *phishing* em 2020. Esse dado coloca o Brasil na liderança global em fraudes dessa natureza, seguido por Portugal, França, Tunísia e Guiana Francesa, que completam o ranking dos cinco países com maior número de usuários visados. Com o início da pandemia de Covid-19, esses ataques se intensificaram, e as ameaças contra dispositivos móveis aumentaram mais de 120%. A pesquisa também revela que a porcentagem de brasileiros alvo de *phishing* (20%) supera a média global, que é de 13%. (Trend Micro, 2024)

O *phishing*, embora não exija grande habilidade técnica, é um dos métodos de ataque mais simples e ao mesmo tempo, altamente perigoso e eficaz, pois explora a vulnerabilidade mais crítica e poderosa: a mente humana. Nenhum sistema operacional é totalmente imune a ele, independentemente da eficiência de suas barreiras de segurança. Embora existam muitas variações de ataques de *phishing*, todas têm em comum o uso de pretextos falsos para roubar informações ou valores. Conforme apontado pela Trend Micro, três das principais categorias de *phishing* incluem: (Trend Micro, 2024)

1. *Spear phishing*: Direcionado a um grupo específico ou perfil de pessoa, como administradores de sistemas em uma organização. O atacante pode realizar o *spear phishing* com um colaborador que tenha a responsabilidade de autorizar pagamentos. O e-mail parece vir de um executivo

- da empresa, pedindo que o funcionário efetue um pagamento elevado para ele ou um fornecedor; contudo, o link de pagamento fraudulento redireciona o valor para o criminoso.
2. *Whaling*: Um tipo ainda mais segmentado de *phishing*, focado em altos executivos, como CEOs, CFOs, ou qualquer outro líder sênior dentro de uma organização. Um ataque de *whaling* pode alegar, por exemplo, que a empresa enfrenta um problema jurídico, solicitando que a vítima clique em um link para mais detalhes. O link leva a uma página que pede informações críticas, como ID fiscal e dados bancários da empresa.
 3. *Smishing*: Este ataque utiliza mensagens de texto (SMS) para enganar a vítima. Um exemplo comum é uma mensagem que parece ser do seu banco, afirmando que sua conta está em risco e requer uma ação imediata. Ao responder, a vítima é orientada a informar o número da conta, e o criminoso, com esses dados, assume o controle da conta bancária.

2.1.3 RANSOMWARE

O *ransomware* também é um tipo de *malware* que criptografa arquivos, computadores e dispositivos móveis, podendo infectar um ou mais dispositivos da rede de uma empresa e impede os usuários de acessarem arquivos ou sistemas. Em 2021, foram registradas cerca de 623 milhões de tentativas de ataques em escala global, sendo 33 milhões delas no Brasil, o que colocou o país na quarta posição, ficando atrás dos Estados Unidos, Alemanha e Reino Unido. (Kaspersky Lab, 2024)

Segundo o *SonicWall Capture Labs*, o aumento dos ataques de *ransomware* foi vertiginoso, atingindo um recorde com 318,6 milhões de ataques adicionais em comparação a 2020, representando um crescimento de 232%. Os primeiros malwares desse tipo surgiram

no final dos anos 80, mas o *ransomware* moderno foi identificado pela primeira vez em 2005. Em 2015, mais de 58% dos computadores corporativos foram vítimas de malware, e o número de ataques com *cryptolocker* dobrou. Quando um dispositivo é infectado por *ransomware*, qualquer tentativa de acessar ou decifrar os arquivos é bloqueada. (Kaspersky Lab, 2024)

Ainda segundo a Kaspersky (2024), os tipos de *ransomware* podem ser classificados em duas principais categorias:

1. *Ransomware* de bloqueio: Impede que o usuário realize funções básicas no dispositivo, como acessar a área de trabalho ou usar o mouse e o teclado. Esse tipo de malware, em geral, não criptografa arquivos, mas simplesmente impede o acesso.
2. *Ransomware* de criptografia: Focado em criptografar dados essenciais, como documentos, fotos e vídeos, causando um estado de urgência e pânico no usuário, que fica impossibilitado de acessar seus arquivos.

2.2 PROTEÇÃO DE DADOS EM GRANDES PLATAFORMAS E REDES SOCIAIS.

Nos últimos anos, as grandes plataformas digitais e redes sociais vêm enfrentando uma crescente pressão para proteger a privacidade dos dados dos usuários e se adequar a legislações como a LGPD e o GDPR. Em resposta, muitas dessas empresas têm implementado políticas mais rigorosas de privacidade e transparência. Algumas das principais práticas adotadas incluem a introdução de configurações de privacidade mais acessíveis, a inclusão de opções de consentimento mais detalhadas e controles personalizados que permitem aos

usuários decidirem como suas informações são coletadas e utilizadas. (MIGALHAS, 2021)

A proteção de dados também é prejudicada pela falta de conscientização dos usuários em relação à segurança digital. Muitos indivíduos utilizam senhas fracas ou reutilizam credenciais em diferentes serviços, facilitando o trabalho de hackers. Além disso, a popularização da Internet das Coisas (IoT) amplia a superfície de ataque, pois muitos dispositivos conectados possuem mecanismos de segurança insuficientes (Kaspersky, 2020).

Apesar desses avanços, ainda existem desafios significativos, um exemplo é a complexidade das políticas de privacidade, que muitas vezes permanecem longas e difíceis de entender, o que pode dificultar o consentimento verdadeiramente informado dos usuários. Além disso, enquanto algumas plataformas promovem melhorias na proteção dos dados, problemas persistem, especialmente em termos de transparência sobre como as informações são compartilhadas com terceiros. (MIGALHAS, 2021)

Outro desafio significativo é o cumprimento da legislação de proteção de dados. Normas como o Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil estabelecem regras rigorosas sobre o tratamento de dados pessoais. No entanto, muitas organizações enfrentam dificuldades para se adequar às exigências legais, devido à falta de recursos ou ao desconhecimento das obrigações. Como destaca Silva (2021), “o cumprimento efetivo das leis de proteção de dados requer uma mudança cultural dentro das organizações, além de investimentos em tecnologia e capacitação”.

O caso *Cambridge Analytica* destacou os riscos da falta de transparência no uso de dados pessoais nas redes sociais. Em 2018, descobriu-se que a *Cambridge Analytica* coletou, sem consentimento informado, dados de milhões de usuários do Facebook por meio de um aplicativo de teste de personalidade. Esses dados foram usados para traçar perfis psicológicos e influenciar campanhas eleitorais, sem que os usuários tivessem ciência do uso político de suas informações.

O escândalo resultou em investigações, multas ao Facebook e novas leis de proteção de dados, como o GDPR na Europa e a LGPD no Brasil. O caso enfatiza a importância de políticas claras de consentimento e da necessidade de os usuários terem controle sobre seus dados, para que possam compreender e decidir conscientemente sobre o uso de suas informações pessoais. (JUS BRASIL, 2021)

Danilo Doneda (2006, p. 126-127) explica que, historicamente, o direito à privacidade foi interpretado a partir da dicotomia público-privado, onde certas atividades deveriam ocorrer exclusivamente no espaço privado. Nesse sentido, Hannah Arendt (2010, p. 77-85) enxerga o direito à privacidade como um pressuposto democrático essencial para que os indivíduos possam vivenciar sua subjetividade em um ambiente seguro, longe da “pressão social”.

No entanto, conforme argumenta Bioni (2018, p. 95-99), a proteção de dados pessoais deve ser considerada um direito autônomo, distinto da privacidade tradicional. Esse direito de proteção dos dados não se limita à esfera privada, mas envolve também o direito dos usuários ao controle sobre a circulação de suas informações.

Assim, o modelo de consentimento ideal para redes sociais deveria proporcionar aos usuários um poder real de decisão sobre o que compartilhar, tornando-se mais do que um simples aceite de termos. Essa transformação do conceito de privacidade, de “sigilo” para “controle”, é essencial para uma era em que as redes sociais se tornaram uma “casa-vitrine”.

Nesse contexto, as leis de proteção de dados, como a LGPD e o GDPR, buscam garantir que o consentimento obtido seja fundamentado e que as plataformas adotem práticas de transparência efetiva, respeitando tanto a privacidade quanto a autonomia dos usuários sobre suas informações.

Ademais, a evolução tecnológica também gera dilemas éticos e novos riscos. Tecnologias como inteligência artificial e big data permitem a coleta e o processamento massivo de informações, frequentemente sem o consentimento claro dos usuários. Isso pode levar à discriminação algorítmica e à manipulação de comportamentos,

como observado por Zuboff (2019), que adverte para os perigos do “capitalismo de vigilância”.

Para enfrentar esses desafios, é essencial adotar uma abordagem abrangente, que inclua a implementação de soluções tecnológicas robustas, a promoção da educação digital e a fiscalização rigorosa do cumprimento das legislações. Somente com a combinação de medidas preventivas e corretivas será possível mitigar as vulnerabilidades e garantir a segurança dos dados digitais.

2.3 TECNOLOGIA E PRIVACIDADE: INTERNET DAS COISAS (IOT), INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E BIG DATA

A convergência de tecnologias como a Internet das Coisas (IoT), inteligência artificial e big data revolucionou a forma como os dados são coletados, analisados e utilizados. Esses avanços proporcionam oportunidades significativas, mas também apresentam riscos substanciais à privacidade. Dispositivos conectados coletam dados em tempo real, enquanto algoritmos de inteligência artificial analisam e cruzam essas informações para gerar insights e previsões. Contudo, essa coleta extensiva levanta preocupações sobre a proteção da privacidade e a segurança dos dados, especialmente em um cenário onde a regulamentação muitas vezes não acompanha o ritmo das inovações tecnológicas. (CONVERGENCIA DIGITAL, 2020)

A Internet das Coisas (IoT) refere-se à interconexão de dispositivos e objetos do dia a dia à rede mundial de computadores, permitindo que esses itens comuniquem dados entre si. De acordo com Evans (2011), em 2003 havia 500 milhões de dispositivos conectados para uma população mundial de cerca de 6,3 bilhões de pessoas, indicando que havia menos de um dispositivo por pessoa. (CONVERGENCIA DIGITAL, 2020)

O conceito de “Internet das Coisas” foi popularizado em 1999 por Kevin Ashton, do MIT, para descrever a convergência da rede de comunicação humana (internet) com o mundo físico dos objetos. O

cenário mudou drasticamente ao longo dos anos. Em 2010, o número de dispositivos conectados aumentou para 12,5 bilhões, representando 1,84 dispositivos por pessoa. Estudos da Cisco previam que, até 2020, haveria 11,6 bilhões de conexões e dispositivos móveis, com 5,5 bilhões de usuários móveis. (NÚCLEO DO CONHECIMENTO, 2020)

O Big Data refere-se ao vasto volume de dados, estruturados e não estruturados, que as empresas acumulam diariamente. Segundo o Sistema de Análise Estatística (SAS, 2016), não se trata apenas do volume, mas também da necessidade de validar esses dados para que possam ser utilizados com segurança e rapidez. *Taurion* (2015) destaca que *Big Data* é definido por quatro características: volume, variedade, velocidade e veracidade.

A interação entre a *IoT* e o *Big Data* gera impactos significativos, os quais muitas empresas ainda não estão preparadas para enfrentar. Em 2012, o mercado de Big Data movimentou 26 bilhões de dólares globalmente. A combinação dessas tecnologias tem o potencial de criar economias de produtos e serviços altamente personalizados, conforme observado por *Hieaux* (2015). Empresas como *Walmart* e Lojas Renner já utilizam análises em tempo real para melhorar a experiência do cliente e otimizar suas operações. (NÚCLEO DO CONHECIMENTO, 2020)

A Inteligência Artificial (IA) é uma das tecnologias mais transformadoras no contexto atual, impactando diversas áreas, desde a automação de processos até a análise preditiva de dados. A IA é capaz de processar grandes volumes de dados provenientes da *IoT* e do *Big Data*, identificando padrões e insights que seriam impossíveis de perceber manualmente. Isso permite que empresas ofereçam experiências personalizadas aos usuários, com recomendações e serviços adaptados a seus comportamentos e preferências. (NÚCLEO DO CONHECIMENTO, 2020)

No entanto, o uso da IA também levanta questões éticas e de privacidade. A capacidade de coletar e analisar dados pessoais para treinar algoritmos de IA pode levar a invasões de privacidade e discriminação. Por exemplo, algoritmos utilizados em processos de

seleção de currículos ou em decisões de crédito podem reproduzir preconceitos existentes, afetando desproporcionalmente certos grupos.

Ademais, o desenvolvimento e a implementação de sistemas de IA precisam ser acompanhados por regulamentações adequadas para garantir que os direitos dos indivíduos sejam respeitados. A transparência nos processos de tomada de decisão automatizada e o consentimento informado para o uso de dados pessoais são essenciais para proteger a privacidade dos usuários. (NÚCLEO DO CONHECIMENTO, 2020)

Portanto, apesar dos benefícios, a coleta massiva de dados por meio da *IoT* e do *Big Data* também traz desafios significativos para a privacidade. A análise de grandes volumes de dados pode resultar em perfis detalhados dos usuários, levantando preocupações sobre como essas informações são utilizadas. A possibilidade de erros nas análises também é uma preocupação, pois falhas podem comprometer a confiabilidade dos dados e gerar consequências negativas. Desse modo, é essencial que as ferramentas de *Big Data* sejam construídas com protocolos de segurança robustos para proteger os dados coletados.

3. LEGISLAÇÃO SOBRE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS E O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES E DA SOCIEDADE NA PROTEÇÃO DE DADOS

O papel das instituições e da sociedade na proteção de dados é fundamental para garantir a segurança da informação e a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em um contexto de crescente digitalização, governos, empresas e cidadãos compartilham a responsabilidade de implementar medidas eficazes para a proteção de dados pessoais.

As instituições, sejam elas públicas ou privadas, desempenham um papel crucial na criação de políticas e na adoção de práticas que assegurem a proteção de dados. No Brasil, a Lei Geral de Proteção

de Dados (LGPD) estabelece diretrizes claras sobre o tratamento de informações pessoais, impondo às organizações a obrigatoriedade de garantir transparência, segurança e consentimento informado. De acordo com Silva (2020), “a LGPD representa um marco regulatório que promove não apenas a proteção de dados, mas também a conscientização sobre a importância desse tema”.

A atual sociedade, parcialmente dominada pela área digital, é caracterizada pelo avanço tecnológico, acesso rápido às informações e aos dados pessoais. Bem como, enfrenta desafios relacionados à privacidade, segurança cibernética e à crescente dependência das plataformas digitais, conforme é demonstrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 que trata sobre direitos fundamentais. É observado essa inclusão ao direito à privacidade no artigo 12 da DUDH “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação.” (BRASIL, 1948)

Nesse contexto, a maioria das constituições nacionais, particularmente a Constituição da República Portuguesa, incorporou tais direitos fundamentais em suas respectivas constituições. Além disso, a União Europeia em 1995, através do seu Parlamento, aprovou a Diretiva 95/46/CE, um instrumento importante, na medida em pois alerta os Estados-membros sobre a necessidade e a relevância de proteger as informações e assegurar os direitos individuais, tanto dentro quanto fora da União Europeia. (Veiga, 2020, pág. 18).

A implementação de leis como o GDPR e a inclusão de princípios de proteção da privacidade em constituições e acordos internacionais demonstram uma crescente percepção mundial da privacidade como um direito essencial. Isso é particularmente relevante em um contexto digital, onde as distinções entre o público e o privado se tornam cada vez mais difusas.

3.1 PRINCIPAIS MARCOS LEGAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Há diversas normas legais que possuem não só o direito à privacidade, mas também um marco legal em que há a proteção de dados como um meio ideal que é estabelecido caso haja uma violação nesse meio.

Como é demonstrado no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), Decreto nº 592/1992, que dispõe dos direitos humanos e liberdades fundamentais, estabelecendo a proteção dos direitos civis, estabelece no artigo 17 o seguinte:

1. Nenhuma pessoa será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem de ataques à sua honra e à sua reputação.
2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ataques. (BRASIL, 1992).

Outros instrumentos normativos e instituições igualmente relevantes em Portugal, como a Lei nº 67/98, de 26 de outubro de 1998, que trata da proteção de dados pessoais, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), desempenham um papel crucial na regulamentação e defesa da privacidade e segurança dos dados pessoais. (Comissão Europeia, 2019)

A Lei nº 67/98, a primeira legislação nacional sobre proteção de dados, definiu as primeiras orientações para o processamento de informações pessoais, em consonância com os princípios do direito à privacidade estabelecidos pela Constituição Portuguesa e pelas leis europeias. (Veiga, 2020, pág. 19)

Além disso, o GDPR, em vigor desde 2018, intensificou a defesa dos dados pessoais em toda a União Europeia e estabeleceu normas mais exigentes em relação ao consentimento, ao acesso e ao controle dos dados pelos indivíduos, sendo de aplicação direta em Portugal. O

Regulamento definiu uma estratégia mais ampla e estrita em relação às obrigações das empresas, aplicando penalidades severas em caso de não conformidade e estimulando a implementação de práticas de governança de dados mais sólidas.

Em contrapartida, a CNPD é um órgão consultivo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), encarregada de supervisionar, supervisionar e implementar as regras de proteção de dados em Portugal.

No Brasil, sua existência e atuação está previsto na Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, no art. 58-B da referida lei:

Art. 58-B. Compete ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade: (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

I - Propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

II - Elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

III - sugerir ações a serem realizadas pela ANPD; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

IV - Elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

V - Disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população. (BRASIL, 2018). **grifo nosso.**

A CNPD trabalha para assegurar os direitos dos cidadãos, incentivando a sensibilização sobre a relevância da proteção de dados pessoais e garantindo que as entidades públicas e privadas obedeçam às obrigações legais estabelecidas, como também desempenha um

papel ativo na mediação de conflitos relacionados à privacidade e na orientação das organizações quanto às melhores práticas para o tratamento de dados pessoais. (Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP)

Essas normas e instituições se sobressaem como componentes cruciais para o fortalecimento do sistema jurídico de proteção de dados, garantindo a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, particularmente no que diz respeito à privacidade e ao controle sobre suas informações pessoais. As leis e órgãos e/ou autoridades competentes continuam a evoluir para responder aos desafios trazidos pelo avanço tecnológico e pela digitalização crescente da sociedade, promovendo a confiança dos cidadãos no uso seguro e responsável de seus dados pessoais. (Veiga, 2020, pág. 20)

A legislação relativa à privacidade e proteção de dados pode variar de acordo com o país ou a região, no entanto, existem normas internacionais que se sobressaem, definindo orientações globais para a proteção da privacidade digital.

A Constituição Federal consagra o direito à privacidade no artigo 5º, inciso X, que assegura aos cidadãos “a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”. Há também no artigo 5º, inciso LXXII, do mesmo dispositivo que trata sobre a concessão do habeas data, o qual configura como um remédio constitucional que permite ao indivíduo de solicitar, retificar e complementar informações pessoais que estejam sob o controle de entidades governamentais ou de caráter público, desde que estas não sejam certidões.

LXXII - conceder-se-á “habeas-data”:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; (BRASIL, 1988)

Ademais, cumpre informar que a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, regula o direito de acesso às informações e disciplina o rito processual do habeas data. Em seu artigo 1º considera-se de caráter público “Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.”. (BRASIL, 1997).

Ainda nessa lei, em seu artigo 8º, vai dispor do acesso para solicitar, retificar e complementar informações pessoais.

Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão. (BRASIL, 1997)

No Brasil, a principal norma regulatória além da Constituição federal é a LGPD, sancionada em 2018 (Lei nº 13.709/2018), com o intuito de definir normas claras para o tratamento de dados pessoais, conferindo maior segurança e controle aos cidadãos sobre suas informações. Esta Lei foi baseada em normas internacionais, como o

Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), que também entrou em vigor em 2018. (Constituição Federal, 1988)

O Regulamento mencionado tem uma natureza extraterritorial, isto é, é aplicável a qualquer empresa ou entidade que trate dados pessoais de cidadãos da União Europeia, sem considerar sua localização geográfica. A aplicação de regulamentações como essas tem como objetivo de garantir a privacidade dos dados e estabelecer uma base legal para o uso de informações pessoais, garantindo direitos individuais como o direito à informação, ao consentimento, à correção, à eliminação e à portabilidade dos dados. (MIGALHAS,2017)

Normas de privacidade, como a LGPD e o GDPR, conferem direitos individuais e responsabilidades às entidades encarregadas do processamento de dados pessoais. Os indivíduos possuem o direito de controlar a coleta e o uso de seus dados, sendo garantida a transparência, informações claras e o consentimento expresso antes de qualquer tratamento. Ademais, os cidadãos possuem o direito de acessar, retificar, eliminar ou até mesmo transferir seus dados para outro fornecedor, de acordo com as condições definidas pela lei.

A Lei no 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece os direitos e obrigações de usuários e fornecedores de serviços online no Brasil, tratando de temas cruciais sobre a privacidade na internet. Essa legislação assegura que os dados pessoais dos usuários, coletados pelos provedores de serviços, só possam ser utilizados com a autorização prévia deles. Além disso, estabelece que o armazenamento dessas informações deve ser feito de maneira segura por tempo restrito. (Brasil, 2014)

A Lei nº 12.527/2011 ou Lei de Acesso à Informação, regula as condições em que o direito de acesso a informações públicas pode ser exercido, incluindo a salvaguarda da privacidade dos indivíduos. Também impõe restrições à divulgação de dados pessoais, especialmente os dados sensíveis, e que tais informações não podem ser compartilhadas sem o consentimento do indivíduo, exceto em casos específicos definidos por lei. (Brasil, 2011)

A Lei Carolina Dieckmann de nº 12.737/2012, é um marco importante pois representa um avanço significativo na luta contra a invasão da privacidade no meio digital. Esta é caracterizada pelo acesso não autorizado a dispositivos eletrônicos, como computadores e celulares, e a divulgação de dados pessoais obtidos de forma ilegal. (Brasil, 2012)

As leis nacionais e internacionais sobre o direito à privacidade espelham a preocupação crescente com a salvaguarda da vida privada em um mundo cada vez mais interligado digitalmente. Elas são essenciais para assegurar que o direito à privacidade seja resguardado em todos os aspectos da vida diária, seja no ambiente físico ou digital.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Os direitos fundamentais relativos à proteção de dados pessoais são prerrogativas legais que visam assegurar que os indivíduos tenham controle sobre suas informações pessoais e que sua privacidade seja preservada, especialmente em um contexto de crescente digitalização e tratamento massivo de dados.

Esses direitos asseguram que os indivíduos possam exercer controle sobre seus dados pessoais, desde sua coleta até o tratamento e eventual descarte, como por exemplo:

- a. O direito à informação refere-se ao direito do titular dos dados de ser esclarecido sobre o tratamento de seus dados pessoais. Isso inclui o direito de conhecer o propósito específico para o qual os dados serão usados, a fundamentação legal que irá respaldar esse tratamento, o prazo de armazenamento das informações e quem terá acesso a essas informações, incluindo possíveis terceiros que possam ser os destinatários dessas informações. Ademais, é necessário fornecer

transparência sobre os procedimentos associados ao tratamento, tais como a forma de coleta, armazenamento, processamento e eventuais transferências de dados para outras entidades ou nações. Este direito tem como objetivo assegurar que as pessoas possam fazer escolhas informadas e conscientes sobre o uso de suas informações pessoais. (Sarlet, 2022)

- b. A permissão para o processamento de dados pessoais deve ser concedida de maneira voluntária, explícita, consciente e isenta de ambiguidades. O proprietário dos dados tem o direito de escolher, de forma consciente, se autoriza ou não o uso de suas informações, com a segurança de que essa permissão pode ser revogada a qualquer instante, sem causar danos ou consequências adversas. Ademais, é necessário renovar o consentimento sempre que ocorrerem alterações nas condições do tratamento, possibilitando ao indivíduo um controle constante sobre suas decisões. Este direito tem como objetivo garantir que o processamento de dados pessoais só se realize com o consentimento claro e fundamentado do proprietário, preservando sua autonomia e privacidade.
- c. Direito de acesso é o direito o qual todos tem o direito de consultar as informações pessoais que estão sendo processadas por uma organização, podendo solicitar uma cópia desses dados. Adicionalmente, o indivíduo tem o direito de ser esclarecido de maneira transparente sobre o processamento de seus dados, o que inclui o propósito do processamento, as entidades ou indivíduos encarregados desse tratamento e os destinatários para quem essas informações podem ser transmitidas. Esse direito assegura que o titular tenha total transparência sobre o uso de seus dados, possibilitando a verificação

da aderência do tratamento às leis e a adoção das ações necessárias caso detecte irregularidades. (Rodrigues, 2022)

- d. Direito à retificação refere-se ao acesso em que todos os indivíduos têm o direito de retificar ou atualizar seus dados pessoais caso estes estejam imprecisos ou desatualizados, assegurando que o tratamento das informações seja feito com base em dados corretos e atuais. Este direito tem como objetivo assegurar a correção de qualquer erro ou omissão nas informações, evitando a utilização de informações errôneas que possam comprometer a qualidade do tratamento ou resultar em consequências adversas para o titular. Além disso, a correção tempestiva desses dados favorece a transparência e a segurança nas práticas de administração de dados pessoais realizadas pelas entidades. (Brasil, artigo 5º, inciso LXXII, CF/1988)
- e. Direito à exclusão, também conhecido como direito ao esquecimento está relacionado ao direito de solicitar a remoção de suas informações pessoais quando estas deixarem de ser necessárias para os fins para os quais foram inicialmente coletadas, ou quando o consentimento fornecido for revogado, e não existir outra base legal que justifique o tratamento contínuo desses dados. Esse direito assegura que os dados pessoais não sejam mantidos de forma indefinida e que, quando não houver mais necessidade legítima de sua retenção, as informações sejam adequadamente excluídas. Além disso, a exclusão também pode ser solicitada nos casos em que o tratamento de dados viole os direitos do titular ou em situações que envolvam o uso indevido dessas informações.
- f. Direito à portabilidade é quando o indivíduo tem o direito de transferir suas informações pessoais de uma organização para outra, de forma simples

e em um formato estruturado, comumente utilizado, sempre que for tecnicamente possível. Este direito possibilita ao indivíduo manter o controle sobre suas informações, simplificando a transferência de informações entre diversos fornecedores de serviços ou plataformas, sem que ocorra perda ou alteração dos dados. Adicionalmente, a portabilidade de dados favorece a liberdade do cliente ao permitir a troca de fornecedores de forma mais rápida, sem que o titular tenha que fornecer novamente as mesmas informações, promovendo maior autonomia e controle sobre suas próprias informações pessoais. (Governo Digital, 2022)

- g. Direito à limitação do tratamento tem vinculação com o titular dos dados e este pode solicitar a restrição do uso de suas informações pessoais, impedindo que elas sejam processadas enquanto se apura, por exemplo, a precisão dos dados ou a conformidade legal do tratamento realizado. Este direito confere ao indivíduo o controle temporário sobre o processamento de seus dados, assegurando que eles não sejam usados de maneira imprópria ou até mesmo retificados, enquanto se examinam questões relativas à sua precisão ou à fundamentação legal do tratamento. A limitação do tratamento pode ser uma medida importante para proteger os direitos do titular, particularmente se existirem incertezas sobre a constância ou a necessidade do uso contínuo dessas informações. (Brasil, 2018)
- h. Direito de oposição é a relação de conferência do titular dos dados na possibilidade de contestar o tratamento de suas informações pessoais, particularmente quando esse processamento se fundamenta em interesses legítimos da organização ou é realizado com a finalidade de marketing direto. Este direito garante ao indivíduo o direito de recusar o uso de seus dados para

esses propósitos específicos, garantindo maior controle sobre a utilização de suas informações pessoais. Se o titular se opuser ao tratamento, a entidade deve encerrar o procedimento, a não ser que existam motivos válidos e preponderantes para prosseguir com o tratamento, como a observância de obrigações legais ou contratuais. Esse mecanismo é fundamental para proteger a privacidade e a autonomia dos indivíduos, especialmente em contextos em que seus dados podem ser usados de forma invasiva ou sem seu consentimento explícito.

- i. Direitos relacionados à decisão automatizada é quando a pessoa não pode ser submetida a decisões que sejam tomadas unicamente com base no tratamento automatizado de seus dados pessoais, como a criação de perfis, que possam ter efeitos jurídicos ou impactos significativos sobre sua vida, a menos que exista uma base legal clara e específica para tal processo. Este direito assegura que as decisões que impactam significativamente a pessoa, seja em questões de crédito, trabalho ou outros aspectos relevantes, não sejam feitas sem a participação humana, garantindo que o titular possa contestar ou revisar tais decisões. A legislação prevê exceções, como quando a decisão automatizada é necessária para a execução de um contrato ou quando o consentimento do titular foi dado explicitamente para esse tipo de processamento. Esse direito visa proteger a dignidade e os direitos dos indivíduos, prevenindo discriminação e outras consequências adversas decorrentes de decisões automatizadas. (Rodrigues, 2022)

3.2.1 O PAPEL DAS EMPRESAS E DOS FORNECEDORES DE SERVIÇOS DIGITAIS.

O papel das empresas e dos fornecedores de serviços digitais é fundamental no contexto da proteção de dados pessoais e da garantia da privacidade dos usuários, pois são responsáveis pelo cumprimento das normas e regulamentações de proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), bem como por implementar práticas transparentes e seguras no tratamento dos dados de seus clientes e usuários.

Elas precisam estabelecer medidas efetivas de segurança cibernética eficazes para evitar o vazamento, uso indevido ou acesso não autorizado aos dados pessoais, além de fornecer informações claras sobre as finalidades para as quais os dados são coletados e com quem eles são compartilhados. A obrigação também se estende ao respeito aos direitos dos proprietários dos dados, tais como acesso, correção, eliminação e revogação do consentimento, fomentando uma cultura de proteção à privacidade. (MIGALHAS,2017)

Os fornecedores de serviços digitais, como redes sociais, aplicativos e empresas de tecnologia, têm a responsabilidade adicional de garantir que suas práticas estejam em conformidade com as normas de proteção de dados, tanto em nível local quanto internacional. Devem implementar métodos transparentes de coleta, processamento e disseminação de dados, além de proporcionar aos usuários ferramentas de controle sobre suas informações pessoais, sempre em conformidade com os princípios de privacidade desde a sua concepção e por padrão.

3.2.2 EDUCAÇÃO DIGITAL E CONSCIENTIZAÇÃO DOS CIDADÃOS SOBRE SEUS DIREITOS

A educação digital e a conscientização sobre os direitos dos cidadãos são aspectos fundamentais para a efetiva proteção de dados

personais na era digital. Com o avanço das tecnologias e a crescente coleta de informações pessoais, muitas pessoas não estão plenamente cientes dos riscos que envolvem o compartilhamento de seus dados ou das consequências de ter suas informações usadas sem o devido consentimento ou controle.

Ademais, é crucial incentivar um entendimento mais aprofundado das técnicas de segurança digital, tais como a utilização de senhas robustas, a autenticação de dois fatores e as definições de privacidade em plataformas online. Isso permite que os cidadãos se tornem mais aptos a proteger seus próprios dados e a exigir maior responsabilidade das empresas com relação ao tratamento dessas informações.

A sensibilização acerca da LGPD e do seu efeito no dia a dia deve ser um esforço constante, incentivando não só a educação formal, mas também a disseminação de práticas eficazes, a criação de recursos de fácil acesso e a construção de um ambiente mais seguro e transparente para todos os cidadãos no espaço digital.

3.3 FUNÇÕES E RESPONSABILIDADES DAS AUTORIDADES REGULADORAS

Para se aplicar os mecanismos de punição, há que se falar nas autoridades reguladoras e responsáveis por fiscalizar, monitorar e garantir o cumprimento das leis de proteção de dados pessoais.

As agências reguladoras desempenham papel relevante na fiscalização e no cumprimento das normativas. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), por exemplo, atua como um órgão fiscalizador e orientador para garantir que organizações operem em conformidade com a LGPD. Além disso, incentiva o diálogo entre setor público, privado e sociedade civil para avançar na criação de um ambiente digital seguro.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados foi criada pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a qual tem como função de

fiscalizar e orientar o cumprimento das disposições da LGPD, seu papel é supervisionar e guiar a implementação das normas desta lei, além de fomentar a educação em relação à proteção de dados, acolher queixas dos proprietários dos dados e implementar ações corretivas quando necessário. Por essa autoridade ter canais de comunicação, facilita o processo de apresentação de queixas relacionadas ao tratamento de dados pessoais.

O Regulador Nacional de Proteção de Dados, em cada país membro da União Europeia, tem a responsabilidade de aplicar o Regulamento Geral de Proteção de Dados. Sua função é coordenar as atividades de supervisão entre as diversas autoridades de proteção de dados. Isso permite que os cidadãos apresentem reclamações diretamente à autoridade de proteção de dados de seus respectivos países ou recorrer ao Comitê Europeu para a Proteção de Dados.

Diante disso, tem-se como base a exigência de informações claras ao realizar o compartilhamento de dados pessoais com terceiros, conforme jurisprudência da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚM. 283/STF. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. BANCO DE DADOS. **COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS. DEVER DE INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO.** DANO MORAL IN RE IPSA. JULGAMENTO: CPC/15. 2. O propósito recursal é dizer sobre: (i) a ocorrência de inovação recursal nas razões da apelação interposta pelo recorrido; (ii) a caracterização do dano moral em decorrência da disponibilização/comercialização de dados pessoais do recorrido em banco de dados mantido pela recorrente. [...] 5. A gestão do banco de dados impõe a estrita observância das exigências contidas nas respectivas normas de regência – CDC e Lei 12.414/2011 – dentre as quais se destaca o dever de informação, que tem como uma de suas vertentes o dever de comunicar por escrito ao consumidor a

abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele. **6. O consumidor tem o direito de tomar conhecimento de que informações a seu respeito estão sendo arquivadas/comercializadas por terceiro sem a sua autorização, porque desse direito decorrem outros dois que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico: o direito de acesso aos dados armazenados e o direito à retificação das informações incorretas.**

7. A inobservância dos deveres associados ao tratamento (que inclui a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros) dos dados do consumidor – dentre os quais se inclui o dever de informar – faz nascer para este a pretensão de indenização pelos danos causados e a de fazer cessar, imediatamente, a ofensa aos direitos da personalidade. 8. Em se tratando de compartilhamento das informações do consumidor pelos bancos de dados, prática essa autorizada pela Lei 12.414/2011 em seus arts. 4º, III, e 9º, deve ser observado o disposto no art. 5º, V, da Lei 12.414/2011, o qual prevê o direito do cadastrado ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais. **9. O fato, por si só, de se tratarem de dados usualmente fornecidos pelos próprios consumidores quando da realização de qualquer compra no comércio, não afasta a responsabilidade do gestor do banco de dados, na medida em que, quando o consumidor o faz não está, implícita e automaticamente, autorizando o comerciante a divulgá-los no mercado; está apenas cumprindo as condições necessárias à concretização do respectivo negócio entabulado apenas entre as duas partes, confiando ao fornecedor a proteção de suas informações pessoais.** 10. Do mesmo modo, o fato de alguém publicar em rede social uma informação de caráter pessoal não implica o consentimento, aos usuários que acessam o conteúdo, de utilização de seus dados para qualquer outra finalidade, ainda mais

com fins lucrativos. 11. Hipótese em que se configura o dano moral in reipsa. STJ - REsp nº 1758799 MG 017/0006521-9, RELATOR(A): Min. NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA Data de Julgamento 11/12/2019 (12:20), T3 TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2019 - **grifos nossos**

Tal jurisprudência reafirma a necessidade de consentimento expresso do titular dos dados, além da transparência quanto à finalidade, ao tipo de dado compartilhado e aos destinatários dessas informações, tendo em vista que busca garantir a proteção da privacidade e a segurança dos dados pessoais, alinhando-se aos princípios estabelecidos pela LGPD, que estabelece critérios claros para o tratamento e a transferência dessas informações, com o intuito de prevenir abusos e assegurar os direitos dos indivíduos.

Por outro lado, a sociedade tem um papel igualmente importante na proteção de dados. Usuários devem estar cientes de seus direitos e adotar práticas seguras no uso de tecnologias. Como ressalta Solove (2008), “a educação digital é essencial para que os cidadãos compreendam os riscos e saibam como proteger suas informações”. Isso inclui o uso de senhas fortes, a verificação de configurações de privacidade e o cuidado ao compartilhar dados pessoais online.

A colaboração entre instituições e sociedade é fundamental para criar um ecossistema de proteção de dados efetivo. Iniciativas de conscientização e educação, como campanhas de segurança cibernética, podem fortalecer a compreensão coletiva sobre a importância da privacidade. Como afirma Zuboff (2019), “a proteção de dados não deve ser vista apenas como uma responsabilidade técnica, mas como um pilar essencial para a democracia e a dignidade humana”.

Portanto, a proteção de dados exige um esforço conjunto entre as instituições e a sociedade, de forma a garantir a segurança informacional e a preservação dos direitos dos indivíduos em um mundo cada vez mais digitalizado.

3.3.1 MECANISMOS DE APLICAÇÃO E SANÇÕES.

O mecanismo de aplicação e sanções são leis de proteção as quais protegem as organizações ao descumprirem os direitos ou violarem essas regras e normas, podem sofrer a sua infração de diversas áreas, visto que têm sido temas cada vez mais relevantes, especialmente com o avanço das tecnologias digitais e o aumento da coleta e processamento de informações pessoais. A LGPD estabelece um sistema de sanções administrativas para quem violar as disposições relacionadas ao tratamento de dados pessoais.

Advertência: A ANPD pode emitir uma advertência para as empresas que cometerem infrações menores, exigindo correções e providências.

- a. **Multas:** As multas podem ser graduadas, variando de 2% da receita de uma empresa até um limite de R\$ 50 milhões por infração, com base na gravidade da violação.
- b. **Suspensão do Tratamento de Dados:** A ANPD pode suspender a atividade de tratamento de dados pessoais de uma empresa por um período determinado, caso ela não esteja cumprindo a legislação.
- c. **Proibição de Atividades de Tratamento de Dados:** Em casos graves, a ANPD pode determinar a proibição total ou parcial do tratamento de dados pessoais pela organização.
- d. **Responsabilidade Civil:** Os titulares dos dados pessoais prejudicados têm o direito de buscar reparação por danos materiais ou morais causados pela violação de seus direitos de privacidade.
- e. **Responsabilidade Penal:** Dependendo da legislação nacional, práticas ilícitas como a venda não autorizada de dados pessoais, o acesso indevido a sistemas ou a divulgação ilegal de

dados podem ser tratadas como crimes, com penas que incluem prisão e multas. No Brasil, a Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/2012) tipifica como crime o acesso não autorizado a dispositivos eletrônicos, e a Lei nº 13.853/2019 também agrava as penas para crimes relacionados à violação de dados.

4. CASOS RELEVANTES E JURISPRUDÊNCIA

A aplicação de leis de proteção de dados, como a LGPD no Brasil e o GDPR na Europa, tem gerado uma série de decisões e casos relevantes que moldam o cenário jurídico atual. Diversas empresas, incluindo grandes nomes como Facebook, Google, Uber e British Airways, foram multadas por falhas na proteção de dados pessoais, destacando os desafios e as responsabilidades que surgem com a coleta e o tratamento de informações sensíveis. Casos como o escândalo da Cambridge *Analytica* e incidentes de vazamento de dados ressaltam a importância de garantir o cumprimento das normativas de privacidade, enquanto refletem sobre as consequências legais e reputacionais que as empresas enfrentam quando não protegem adequadamente os dados de seus usuários. (IT COSTA FERNANDES, 2023)

4.1 EXEMPLOS DE CASOS DE VIOLAÇÃO DE PRIVACIDADE DIGITAL.

Além do caso já citado de Cambridge, relevante mencionar mais três outros casos emblemáticos em que houve violação da privacidade digital. O Caso Cyrela, que foi a primeira empresa brasileira a ser multada por violação da LGPD, multada em 2018 pela divulgação não autorizada de dados pessoais de cliente, com o compartilhamento de

informações sem o consentimento explícito dos indivíduos. (IT COSTA FERNANDES, 2023)

Esse incidente gerou uma indenização de R\$10.000 a um dos clientes prejudicados e se tornou um marco na aplicação da lei no Brasil, reforçando a importância da transparência e do consentimento no tratamento de dados e da responsabilidade das empresas em proteger a privacidade.

O segundo caso, se refere a empresa British Airways que envolveu uma violação de dados em 2018, quando hackers conseguiram acessar informações pessoais de cerca de 500 mil clientes, incluindo dados bancários e informações de reservas de voo. A empresa foi multada em £183 milhões de euros pela Autoridade de Proteção de Dados do Reino Unido (ICO), com base no GDPR. A multa foi uma das maiores aplicadas até então, destacando a responsabilidade das empresas em garantir a segurança dos dados dos consumidores.

Em terceiro ponto, a Uber foi multada em US\$ 148 milhões após ocultar um vazamento de dados de 57 milhões de usuários, incluindo 196 mil brasileiros. O incidente, que ocorreu em 2016, foi mantido em segredo até 2017. A empresa foi criticada pela falta de transparência e pelo atraso em notificar os afetados, o que levou a uma ação judicial nos Estados Unidos.

A empresa Google em 2019, foi multada em 50 milhões de euros pela França, após ser considerado responsável por não fornecer informações claras sobre como os dados pessoais eram tratados. Este caso sublinha a importância do consentimento informado, conforme exigido pela LGPD e o GDPR. A decisão enfatizou que o consentimento não era claro o suficiente, especialmente em relação a como os dados eram processados e usados para personalização de anúncios. (IT COSTA FERNANDES, 2023)

Por fim, o Facebook foi de 5 bilhões de dólares e houve de um acordo de restrições de atuação e análise trimestral de seus serviços e produtos, após ter usado de forma indevida as informações de 87 milhões de usuários da rede social no escândalo Cambridge Analytica.

4.2 PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O FUTURO.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) do Brasil (Lei nº 13.709/2018), que completou seis, representa um marco na regulamentação de privacidade e uso de dados pessoais. Esse avanço ajusta e complementa o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), promovendo proteção de dados tanto no ambiente físico quanto digital.

O progresso tecnológico e seu impacto nas interações sociais, empresariais e governamentais demandaram uma legislação mais abrangente, que regulamentasse o uso seguro da internet e a coleta de dados pessoais. Com isso, o Direito precisou acompanhar essa evolução, reforçando o que configura uma violação de garantias individuais e estabelecendo normas claras para proteger a privacidade e os dados pessoais dos cidadãos. (ADRIANA ROMEO, 2024)

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem desempenhado um papel fundamental nesse processo, pronunciando-se em diversos casos relacionados ao Marco Civil e à LGPD, assegurando a proteção de dados como um direito fundamental. Em audiência pública e por meio de decisões, o STF avaliou temas como o compartilhamento de dados em contextos como a pandemia e a criação de cadastros de dados sensíveis, além de estabelecer limites para o acesso e uso de dados por órgãos públicos. Entre julgamentos importantes, destacam-se o controle de dados por empresas internacionais e as regras para o uso de informações genéticas, que são tratados com um nível elevado de segurança e privacidade.

Em recente decisão, o STF definiu, por exemplo, que provas obtidas sem autorização judicial em contas de internet não podem ser usadas em investigações criminais, reforçando os limites constitucionais sobre privacidade digital e segurança jurídica.

As decisões tanto do STF quanto do STJ evidenciam como os precedentes têm um papel importante na aplicação da LGPD, criando um arcabouço jurídico que orienta tanto o setor público

quanto o privado para garantir que a privacidade e a segurança digital acompanhem as rápidas mudanças tecnológicas.

Dessa forma, o STF tem se posicionado da seguinte forma no caso concreto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DADOS CADASTRAIS DE VÍTIMAS E SUSPEITOS. ACESSO. REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AUTORIDADE POLICIAL. POSSIBILIDADE. DISPONIBILIZAÇÃO MEIOS TÉCNICOS PARA LOCALIZAÇÃO DE VÍTIMAS E SUSPEITOS. ORDEM JUDICIAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS CONTIDAS NA AÇÃO DIRETA. I. CASO EM EXAME 1. A ação direta questiona a constitucionalidade dos artigos 13-A e 13-B do Código de Processo Penal (CPP), incluídos pela Lei nº 13.344/2016, os quais preveem que os membros do Ministério Público e os Delegados de Polícia que investiguem crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no §3º do art. 158 e no art. 159 do Código Penal e no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podem requisitar dados e informações cadastrais sobre vítimas ou suspeitos diretamente aos órgãos do poder público e às empresas privadas (art. 13-A). Assim como, se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso (art. 13-B). II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Saber se a requisição direta pelo Ministério Público ou pela autoridade policial dos dados cadastrais de vítimas e suspeitos, para apurar a prática dos crimes previstos no art. 13-A e

a disponibilização de meios técnicos, com autorização judicial, para a localização de vítimas e suspeitos no contexto da prática do crime disposto no art. 13-B, violam a proteção constitucional da privacidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR 1. As normas impugnadas não conferem amplo poder de requisição, mas um que é instrumentalmente necessário para reprimir as violações de crimes graves que atentam contra a liberdade pessoal e que se destinam a permitir o resgate das vítimas dessas infrações enquanto elas ainda estão em curso. 2. A requisição apresentada pela autoridade policial, exclusivamente para os crimes previstos no art. 13-A do Código de Processo Penal, conquanto possível, deve se restringir apenas à finalidade a que foi fixada, qual seja, a de reprimir e impedir a ocorrência dos delitos descritos no caput, do citado dispositivo. 3. Em relação à possibilidade de requisição de meios, como prevista no art. 13-B, não há que se falar em violação à reserva de jurisdição, eis que a possibilidade de requisição visa a identificação e localização imediata da vítima. 4. Da leitura do art. 13-B, caput, não é possível depreender interpretação que admita a requisição de meios técnicos sem autorização judicial. 5. A expressão “dados cadastrais” não abrange a interceptação de voz; a interceptação telemática; os dados cadastrais de usuários de IP, os quais abarcam dados de usuário que em determinado dia, data, hora e fuso fizeram uso de um IP para acessar à internet; os serviços de agenda virtual ofertados por empresas de telefonia; o dado cadastral de e-mail e os extratos de conexão a partir de linha ou IP. 6. O disposto no art. 13-B é aplicável aos delitos previstos no art. 13-A, de acordo com decisão da maioria do Tribunal. IV. DISPOSITIVO E TESE 1. Reconhecida a constitucionalidade do diploma impugnado e não vislumbrando dúvida sobre a interpretação constitucionalmente adequada da norma, pedidos contidos na presente ação direta julgados improcedentes. 2. Tese: “São passíveis de

requisição sem controle judicial prévio, mas sempre sujeito ao controle judicial posterior, a localização de terminal ou IMEI de cidadão em tempo real por meio de ERB por um período determinado e desde que necessário para os fins de reprimir os crimes contra a liberdade pessoal descritos no art. 13-A do Código de Processo Penal; o extrato de ERB; os dados cadastrais dos terminais fixos não figurantes em lista telefônica divulgável e de terminais móveis; o extrato de chamadas telefônicas; o extrato de mensagens de texto (SMS ou MMS); e os sinais para localização de vítimas ou suspeitos, após o decurso do prazo de 12 horas constante do § 4º do art. 13-B do Código de Processo Penal.”. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 5642 – BSB MIN EDSON FACHIN, 18 abril de 2024 (Data do Julgamento)

A Segunda Turma do STJ decidiu que o vazamento de dados pessoais, por si só, não garante indenização por danos morais. Para que haja compensação, é necessário que o titular comprove o prejuízo efetivo causado pela exposição dos dados. No caso, o TJSP havia condenado a Eletropaulo a pagar R\$ 5 mil a uma cliente pelo acesso e compartilhamento de suas informações, como nome e número de identificação.

O ministro Francisco Falcão, relator, ressaltou que a LGPD define certos dados como sensíveis, exigindo proteção especial, enquanto dados comuns de cadastro, acessíveis em sites, não violam o direito de personalidade se acessados por terceiros.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS. DADOS COMUNS E SENSÍVEIS. DANO MORAL PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. I - Trata-se, na origem, de ação de indenização ajuizada por particular contra concessionária de energia

elétrica pleiteando indenização por danos morais decorrentes do vazamento e acesso, por terceiros, de dados pessoais. II - A sentença julgou os pedidos improcedentes, tendo a Corte Estadual reformulada para condenar a concessionária ao pagamento da indenização, ao fundamento de que se trata de dados pessoais de pessoa idosa. III - A tese de culpa exclusiva de terceiro não foi, em nenhum momento, abordada pelo Tribunal Estadual, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide, na hipótese, a Súmula n. 211/STJ. In casu, não há falar em prequestionamento ficto, previsão do art. 1.025 do CPC/2015, isso porque, em conformidade com a jurisprudência do STJ, para sua incidência deve a parte ter alegado devidamente em suas razões recursais ofensa ao art. 1022 do CPC/2015, de modo a permitir sanar eventual omissão através de novo julgamento dos embargos de declaração, ou a análise da matéria tida por omissa diretamente por esta Corte. Tal não se verificou no presente feito. Precedente: AgInt no REsp 1737467/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 8/6/2020, DJe 17/6/2020. IV - O art. 5º, II, da LGPD, dispõe de forma expressa quais dados podem ser considerados sensíveis e, devido a essa condição, exigir tratamento diferenciado, previsto em artigos específicos. Os dados de natureza comum, pessoais, mas não íntimos, passíveis apenas de identificação da pessoa natural não podem ser classificados como sensíveis. V - O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações. VI - Agravo conhecido e recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

Os precedentes judiciais estabelecidos sobre privacidade e proteção de dados têm um papel fundamental na construção de novas legislações voltadas para o tema. Ao determinar a forma como dados pessoais devem ser tratados e protegidos, esses precedentes servem de referência tanto para o setor público quanto para o privado, trazendo clareza sobre os limites legais no uso de informações sensíveis.

Com decisões que protegem os direitos dos titulares de dados, o Judiciário garante que tanto empresas quanto instituições estatais respeitem normas de segurança e privacidade, promovendo um ambiente jurídico mais seguro e previsível. Dessa forma, essas decisões contribuem para a criação de políticas que refletem o respeito à privacidade, além de garantir que novas práticas comerciais e governamentais estejam alinhadas às exigências de proteção de dados.

No entanto, o rápido avanço da tecnologia apresenta desafios para a aplicação e a adaptação dessas legislações. A introdução de tecnologias emergentes, como inteligência artificial e big data, exige que a legislação acompanhe essas inovações, evitando lacunas que possam comprometer a segurança dos dados dos cidadãos.

Assim, um dos principais desafios é garantir que as normas se mantenham atualizadas e flexíveis o suficiente para lidar com os novos riscos trazidos pelas inovações tecnológicas, sem deixar de lado a proteção dos direitos fundamentais. Isso demanda um esforço contínuo de adaptação por parte dos legisladores e tribunais para assegurar que o direito à privacidade seja preservado em um ambiente digital em constante evolução.

CONCLUSÃO

O direito à privacidade e à proteção de dados pessoais tornou-se essencial no cenário digital, com legislações como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia estabelecendo uma base de proteção necessária. Essas normas representam um marco ao definir direitos e estabelecer sanções, buscando equilibrar os avanços tecnológicos com os direitos fundamentais dos indivíduos. Entretanto, o sucesso dessas leis depende de uma implementação rigorosa, da fiscalização constante e da capacidade de adaptação às inovações tecnológicas, que criam novos desafios e vulnerabilidades.

A eficácia da proteção de dados pessoais também enfrenta limites práticos, especialmente no que se refere à reversão de danos após uma violação. Embora as legislações estabeleçam direitos e compensações, uma vez expostos, os dados dificilmente podem ser totalmente recuperados ou “desvazados”. Por essa razão, o enfoque preventivo ganha destaque, com um papel crucial para as empresas, que devem adotar sistemas de segurança robustos e transparentes, e para os próprios indivíduos, que precisam estar informados e vigilantes sobre o uso de suas informações.

Além da reparação dos danos, as punições previstas nas leis de proteção de dados que incluem desde multas até a suspensão de atividades – buscam responsabilizar os infratores e desestimular o uso indevido de dados. No entanto, a proteção da privacidade exige mais do que a aplicação de sanções: depende de uma mudança cultural e do fortalecimento de práticas éticas e seguras no tratamento de informações pessoais.

Em um ambiente onde tecnologias como inteligência artificial, Internet das Coisas (IoT) e big data intensificam a coleta e a análise de dados, a legislação precisa acompanhar a velocidade das inovações para garantir que o direito à privacidade seja protegido sem inibir o desenvolvimento tecnológico. Esse equilíbrio entre inovação e proteção de dados demanda uma abordagem integrada e flexível, onde

as normas jurídicas, a ética empresarial e a conscientização digital caminhem juntas.

Conclui-se que, embora as leis de proteção de dados representem um avanço importante, elas não são suficientes por si só. A proteção de dados pessoais na era digital requer um esforço coordenado entre a regulamentação, a responsabilidade das empresas e a educação digital dos cidadãos, proporcionando um ambiente em que o direito à privacidade possa ser exercido e respeitado de maneira efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Walmar. **A diferença entre privacidade e proteção de dados pessoais**. Disponível em: <https://walmarandrade.com.br/iferenca-entre-privacidade-e-protecao-de-dados-pessoais/> Acesso em: 06 de nov. 2024.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2014/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-iii.pdf#page=84>. Acesso em: 30 de out. 2024.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2024.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. BRASIL.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26/10/2024.

BRASIL LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

BUNDESTAG, Deutscher. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Edição de junho de 2022. 20ª Legislatura. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 13 de dez. 2024.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. Acesso em 25 de out. 2024.

COMISSÃO EUROPEIA. 2019. **Proteção de dados na UE - O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).** Disponível em: https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_pt Acesso em 10 de nov. 2024.

CONVERGÊNCIA DIGITAL. **Regulamentação de IoT passa por tratar a coleta e a proteção dos dados.** Disponível em: <https://convergenciadigital.com.br/telecom/regulamentao-de-iot-passa-por-tratar-a-coleta-e-a-proteo-dos-dados/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

DONEDA, Danilo. **A Proteção Dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental.** Rio de Janeiro. Revista Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 12, n.2, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 8 out 2024.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. et al. **Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal.** Revista de Ciências Jurídicas - Pensar. Fortaleza, v. 23, n. 4. out./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf>. Acesso em: 15 out 2024.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia.** Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Caderno de investigações científicas. Brasília: 2010. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf. Acesso em: 20 out 2024.

FILHO, Vladimir Brega; SALIBA, Maurício Gonçalves; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS III - INSTITUTO RATIO JURIS. 2014. O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL.** Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2014/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-iii.pdf#page=84>. Acesso em 29 de out. 2024.

GDPR. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.** Jornal Oficial da União Europeia. 2016. Disponível em: <https://gdprinfo.eu/pt-pt>. Acesso em: 06 de nov. 2024.

JUSBRASIL. **O maior escândalo de vazamento de dados: o caso Facebook-Cambridge Analytica e a importância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-maior-escandalo-de-vazamento-de-dados-o-caso-facebook-cambridge-analytica-e-a-importancia-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd-no-brasil/1244600777>. Acesso em: 19 nov. 2024.

KASPERSKY. **Brasileiros são principais alvos de ataques de phishing no mundo.** Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/brasileiros-maiores-alvos-phishing-mundo/17045/>. Acesso em: 10 out 2024. Citado na página 6.

KASPERSKY. **Engenharia social - Definição.** Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/what-is-social-engineering>. Acesso em: 10 out 2024.

KASPERSKY. **O aumento do ransomware – exemplos mais notáveis.** Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/ransomware-threats-an-in-depth-guide>. Acesso em: 10 out 2024. Citado na página 8.

KASPERSKY. **IoT under attack: An overview of the Internet of Things security challenges.** Kaspersky Report, 2020.

LACERDA, Ludmila Laís Costa - **PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO - UMA PERSPECTIVA SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CRISE DEMOCRÁTICA NA ERA DIGITAL** - disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/60487>. Acesso em: 26 de out. 2024.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, acesso em: 24 de out. 2024.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government.** London: Awnsham Churchill, 1690. Disponível em: <https://slaverylawpower.org/all-chapters/glorious-revolutions/john-locke-two-treatises-government/>. Acesso em 15 de dez. 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICOS. Gov.br. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados.** Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/cnpd-2> Acesso em 16 de nov. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Disponível em: <https://www.gov.br/esporte/pt-br/aceso-a-informacao/lgpd#:~:text=A%20Lei%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o,da%20personalidade%20de%20cada%20indiv%C3%ADduo>. Acesso em: 05 de nov. 2024.

MITNICK, Kevin D.; SIMON, William L. *A Arte de Enganar*. São Paulo: Pearson Makron Books, 2003. Acesso em: 20 out 2024. Citado nas páginas 3 e 4.

MIGALHAS. **Como as empresas podem se adequar à LGPD e as novas exigências de privacidade**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 19 nov. 2024.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 36ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://direitouniversitarioblog.wordpress.com/wp-content/uploads/2016/07/introduc3a7c3a3o-ao-estudo-do-direito-paulo-nader.pdf>. Acesso em 04 de out. 2024.

NEWSBOX. **Política de Privacidade**. 2024. Disponível em: <https://newsbox.com.br/politica-de-privacidade>. Acesso em: 14 de nov. 2024.

NÚCLEO DO CONHECIMENTO. **Internet of Things (IoT): O que é, como funciona e exemplos**. Disponível em: https://www.nucleodoconhecimento.com.br/tecnologia/internet-of-things#google_vignette. Acesso em: 19 nov. 2024.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Acesso em: 24 de out. 2024.

RODRIGUES, Rosemberg Augusto Pereira. **Proteção de dados pessoais como um direito fundamental**. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2022/protacao-de-dados-pessoais-como-um-direito-fundamental>. Acesso em: 08 de nov. 2024.

ROME, Adriana. **STF e proteção de dados pessoais: decisões da Corte marcaram a evolução de um novo direito fundamental**. Disponível: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-e-protacao-de-dados-pessoais-decisoes-da-corte-marcaram-a-evolucao-de-um-novo-direito-fundamental>. Acesso em: 14 de out. 2024

SALES, Fabio Augusto Cornazzani; LIMA, Gisele Truzzi de; MIRANDA, Rodrigo Barros de. TUZZI, **Privacidade e internet**. [S.n]. p. 1-13. Disponível em: <http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-privacidade-internetgisele-truzzi-fabio-augusto-cornazzani-sales-rodrigo-barros-de-miranda.pdf>. Acesso em: 04 de nov. 2024.

SCHNEIER, Bruce. **Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World**. New York: W.W. Norton & Company, 2015.

SCHWABE, Jurgen. **República Federal de Alemanha. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. 2005. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-areceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50-anos-dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 13 de dez. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Proteção de Dados e Cibersegurança no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Proteção de Dados Pessoais na Era Digital**. São Paulo: Malheiros, 2020.

SOLOVE, Daniel J. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

STJ. **Os precedentes do STJ nos primeiros quatro anos de vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/27102024-Osprecedentes-do-STJ-nos-primeiros-quatro-anos-de-vigencia-da-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-Pessoais.aspx>. Acesso em: 14 de out. 2024.

SUSSKIND, Rafael. **Privacidade e proteção de dados: um guia completo**. DPO EXPERT. Disponível em: <https://dpoexpert.com.br/privacidade-e-protacao-de-dados/>. Acesso em: 06 de nov. 2024.

TINOCO, Jorge Enrique de Azevedo. Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). OBDI. 2020. **Evolução Histórica da Proteção de Dados e o Direito à Privacidade**. Disponível em: <https://obdi.ccsa.ufrn.br/2020/09/24/evolucao-historica-da-protacao-de-dados-e-o-direito-a-privacidade/> Acesso em: 05 de nov. 2024.

TIINSIDE. **Brasil sofreu mais de 33 milhões de tentativas de ransomware em 2021**. Disponível em: <https://tiinside.com.br/18/02/2022/brasil-sofreu-mais-de-33-milhoes-de-tentativas-de-ransomware-em-2021/>. Acesso em: 10 out 2024. Citado na página 8.

TREND MICRO. **Quais são os diferentes tipos de phishing?** Disponível em: https://www.trendmicro.com/pt_br/what-is/phishing/types-of-phishing.html. Acesso em: 13 out 2024 Citado na página 6.

ÚNICO. **Privacidade digital: como manter seus dados seguros no ambiente online?** 2023. Disponível em: <https://unico.io/institucional/privacidade-digital/> Acesso: 07 de nov. 2024

VEIGA, Adélia Solange Pereira Gonçalves da. **Proteção de dados: o direito à privacidade na era digital**. 2020. UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/entities/publication/b4f91d68-a4b5-4843-87d9-25894b1abf57/full>. Acesso em: 10 de nov. 2025.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, 1890. Disponível em: https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em 15 de dez. 2024.

WESTIN, Alan F. **Privacy and Freedom**. New York: Atheneum, 1967.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power**. New York: PublicAffairs, 2019.

A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS E CONFLITOS ASSOCIADOS AO DIREITO AMBIENTAL

*Isabelle Alves Moreira de Oliveira*⁴

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁵

RESUMO

Este estudo aborda como a Constituição Federal de 1988 representou um marco na garantia dos direitos indígenas, reconhecendo suas terras como fundamentais para a reprodução física e cultural desses povos. Contudo, a implementação prática dessas garantias enfrenta desafios significativos, como lacunas legislativas e insuficiência de políticas públicas, que limitam a equidade e a sustentabilidade almejadas. O impacto disso vai diretamente na preservação do meio ambiente e na promoção da justiça socioambiental, causando impactos desproporcionais contra as comunidades vulneráveis. Sob a ótica da justiça ambiental e dos princípios constitucionais, destaca-se a necessidade urgente de tratamento equitativo em relação aos impactos ambientais adversos que afetam diferentes segmentos da sociedade. O estudo também investiga a evolução constitucional e histórica dos direitos dos povos indígenas, examinando o papel do Estado, suas agências e a sociedade na proteção das terras indígenas, com ênfase na implementação efetiva desses direitos. Além disso, são analisados os danos socioambientais resultantes da garimpagem ilegal e da negligência estatal nos últimos anos. A pesquisa revela a necessidade premente de promover os

4 Graduada em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Estudante.

5 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia.

direitos desses povos, apesar dos esforços nacionais e internacionais para mitigar os danos socioambientais recentes.

Palavras-chave: Garantia dos Direitos Indígenas; Constitucionalização de direitos; Políticas Públicas; Direito Ambiental; Justiça Ambiental.

INTRODUÇÃO

O ideal de preservação do meio ambiente vai emergir na sociedade contemporânea como uma das principais preocupações, podendo refletir a busca de um entendimento crescente sobre a interdependência entre os seres humanos e os ecossistemas naturais. Já que historicamente, a percepção da importância ambiental evoluiu de uma visão utilitarista, onde a natureza era vista principalmente como uma fonte de recursos ilimitados, para uma compreensão mais holística que reconhece a necessidade de conservação para a sustentabilidade do planeta e o bem-estar das futuras gerações.

A dimensão de justiça ambiental surgirá como um componente crítico dessa discussão, destacando a distribuição desigual dos benefícios e dos riscos ambientais entre diferentes grupos sociais. Questões de vulnerabilidade socioambiental serão especialmente relevantes nesse contexto, pois comunidades marginalizadas frequentemente enfrentarão maiores riscos e terão menos recursos para se adaptar às mudanças e adversidades ambientais.

Diante disto, a construção deste trabalho tem o propósito de externalizar a necessidade de analisar a maneira pela qual a degradação ambiental e a injustiça social estão interligadas na vivência de determinados grupos sociais, em específico o aprofundamento aqui voltado para as comunidades indígenas. Ao aprofundar no estudo de impactos ambientais e a ineficiência legal de preservação dos direitos de povos indígenas, pretende-se evidenciar como são necessárias ações que façam com que sejam rediscutidas medidas de proteção legal, com o ideal voltado para promoção de equidade, salvaguardando

não apenas os recursos naturais, mas também os direitos e a dignidade das populações tradicionais que dependem intrinsecamente deles.

Nesse liame, será evidenciado como a constitucionalização dos direitos dos povos indígenas no Brasil têm como intenção de ser um marco significativo na proteção de suas culturas, territórios e modos de vida, especialmente no contexto das discussões sobre justiça ambiental. Além do mais, demonstraremos lacunas legislativas que podem ocasionar efeitos diversos no cotidiano dessas comunidades.

Espera-se que será possível compreender que a preservação ambiental e a justiça socioambiental se mostrarão indissociáveis, especialmente no que se referirá aos direitos dos povos indígenas. Embora a Constituição de 1988 venha a ser reconhecida como um avanço significativo ao garantir a proteção de suas culturas e territórios, a realidade poderá indicar que muitos desafios continuarão a persistir, particularmente no que diz respeito à efetivação dessas garantias.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA DADA AO DIREITO DE POVOS INDÍGENAS

O direito dos povos indígenas é um campo jurídico que busca garantir a preservação das culturas, tradições e territórios desses povos, além de assegurar seus direitos fundamentais enquanto cidadãos e grupos originários. Reconhecer e respeitar as diferenças culturais dos povos indígenas é essencial para construir uma sociedade mais justa e inclusiva.

A história do direito dos povos indígenas reflete a complexa relação entre colonizadores e os povos originários. Desde o início do período colonial, os indígenas foram colocados em uma posição de subordinação, enfrentando a perda de seus territórios, a imposição de culturas estrangeiras e a negação de seus direitos. O direito indígena, tal como o conhecemos hoje, começou a ser moldado como uma tentativa de superar esse legado de violência e exclusão.

O povo indígena tem em sua história retratos de uma exploração latente, apesar da tentativa hostil de apagamento de tais momentos, onde a imagem dos indígenas trocando espelhos, machados e riquezas com os colonizadores durou pouco, sendo logo substituída pela realidade da exploração. A realidade em que a partir da condição de Brasil colônia, a urgência em obter mão de obra para construir a infraestrutura colonial desencadeou um longo período de escravidão indígena.⁶

A incidência dos primeiros registros sobre o direito de povos indígenas ocorreu no século XIV, na Escola de Salamanca, com os teólogos Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitória e Francisco Suárez. Bragato (2016) relata ainda que eles defenderam, perante a Coroa, o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, embora considerassem necessário que os nativos se convertessem ao Catolicismo por serem considerados pagãos .

O debate jurídico sobre a humanidade dos indígenas persistia, mas o princípio de *uti possidetis*, do direito natural, prevaleceu na América Latina. Esse princípio foi usado de duas maneiras: para resolver disputas de território entre nações e para decidir conflitos internos entre súditos de um mesmo reino. No primeiro caso, o que fosse tomado de inimigos passava a ser propriedade do vencedor. No segundo, a terra em disputa permanecia com o primeiro proprietário, desde que fosse súdito do reino e tivesse direitos reconhecidos pela lei (Cunha; Barbosa, 2018, p. 105).⁷

6 Apesar de a Coroa portuguesa ter criado em 1570 uma legislação para proibir a escravização indígena, ela deixou brechas na lei para não prejudicar a produção açucareira e seus lucros. Entre 1540 e 1570, a escravidão indígena foi mais intensa, especialmente em Pernambuco e na Bahia, onde os colonos roubavam índios de tribos rivais ou até das aliadas. Essas incursões, chamadas de “saltos”, eram ilegais, mas a Coroa e os jesuítas ignoravam-nas devido ao interesse econômico. Para Souza Filho (2018, p. 55), de maneira irônica, é assim “[...] reiterada a legislação colonial portuguesa proibindo a escravidão dos indígenas, mas, ao mesmo tempo, buscando fórmulas mágicas de os submeter ao trabalho produtivo segundo os parâmetros da colonização”

7 Apesar de haver em 1611, o Alvará Régio que reconheceu os direitos territoriais indígenas, considerando-os primeiros donos da terra. Em 1755, uma nova lei que reafirmava o domínio indígena sobre a terra. No entanto, com a colonização

Durante o período colonial brasileiro, as legislações voltadas para os indígenas os tratavam, em geral, como incapazes. Durante o ano de 1757 o Marquês de Pombal, ministro de D. João I, criou o Diretório dos Índios para regular o trabalho forçado e tentar “civilizar” os indígenas. Entre as medidas, estavam a proibição das línguas indígenas, a obrigatoriedade de frequentar a escola, a proibição da nudez, a imposição de sobrenomes portugueses, o incentivo à mistura racial e a transformação das aldeias em vilas. Visava com isto integrá-los à cultura europeia, extinguindo suas línguas e tradições. (Suchanek, 2012, p. 249). Segundo Darcy Ribeiro (1996), “a política indigenista da época era, em essência, assimilacionista, buscando destruir as identidades indígenas e incorporá-las à sociedade colonial”.

Elencar aqui que conforme Peruzzo (2017) o termo mestiçagem, que carrega consigo um processo de crueldade, com abusos sexuais de criança, adolescentes e mulheres que deve ser lembrado antes de poder ser visto como algo a ser celebrado em nosso país. Sendo uma constante em todas as histórias de contato entre diversas etnias e o homem branco, a violência sexual, repetindo-se até durante a ditadura civil-militar, como mostram o Relatório Figueiredo e o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (2014).

O ano de 1831 marca o momento em que foi abolida a escravidão indígena, a partir da revogação da Carta Régia de 1808, nesse contexto, foi criado um regime tutelar, chamado orfanológico, que tinha como objetivo “proteger” os indígenas libertos, colocando-os sob a responsabilidade dos Juizes de Órfãos. Esses juizes eram responsáveis por garantir o sustento dos indígenas, recorrendo ao Tesouro, ou então encaminhá-los para lugares onde pudessem trabalhar, aprender ofícios ou receber algum tipo de salário a (Souza Filho, 2018, p. 96).⁸

e o enfraquecimento dos direitos indígenas, a propriedade privada foi imposta, desvalorizando suas culturas e territórios. Sendo o legado colonizador ainda influenciador de debates e decisões judiciais no Brasil, mesmo após a Constituição de 1988. (LAVOR, 2022)

⁸ Importante dizer que o momento em que os povos originários passam a ter suas vidas tuteladas pelo poder estatal intermediado por juizes, tal condição elimina o reconhecimento legal de autonomia deste povo, dificultando assim a luta por suas

Com a independência do Brasil, o contexto pouco mudou. O Código Civil de 1916, por exemplo, mantinha os indígenas sob a tutela do Estado, reforçando uma visão paternalista. Foi apenas na segunda metade do século XX que o paradigma começou a mudar, em grande parte devido à influência de movimentos sociais e organizações internacionais.

O Brasil teve três regimes tutelares sobre os indígenas: missionários, particulares e do Estado. O Código Civil de 1916, em seu art. 6º, parágrafo único os considerava “relativamente incapazes”, sujeitando-os a um regime tutelar que cessaria à medida que se “adaptassem à civilização” (Brasil, 1916, n.p.). Em 1928, com a criação do Decreto 5.484, foi estabelecido um novo sistema de proteção pública para os indígenas. Esse decreto emancipou os indígenas da tutela orfanológica, ou seja, os libertou da supervisão de juízes de órfãos, independentemente do grau de “civilização” em que estivessem (Brasil, 1928, n.p.).⁹

A Lei 4.121/62 afastou a tutela do direito de família, criando um novo regime tutelar para os indígenas, com caráter provisório até sua “adaptação à civilização”. Esse regime era um estatuto jurídico especial, tratando os indígenas como indivíduos a serem protegidos por suas características culturais. O problema foi a insistência do legislador em manter a denominação de “tutela”, que se distanciava da tutela prevista no Direito Civil. (Villares, 2009, p. 74)

terras, o poder individual e coletivo e de cidadania dos povos originários. Para legitimar a questão da posse das terras indígenas, estas foram tratadas como uma “posse territorial específica, baseada no Direito das Gentes” (CUNHA; BARBOSA, 2018, p. 107).

⁹ Na época, o direito público ainda era muito frágil, por isso o novo sistema de proteção continuou sendo chamado de “tutela”. O Estado passou a exercer essa tutela por meio do Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Apesar dos avanços nas teorias sobre o papel do Estado, o direito continuou pouco desenvolvido em relação aos povos indígenas. O Estatuto do Índio, de 1973, acabou trazendo mais retrocessos do que melhorias para os direitos indígenas. Segundo Souza Filho (2018), o Estatuto do Índio, criado durante a ditadura militar, tinha o objetivo de acabar com a corrupção do Serviço de Proteção aos Índios (SPI). No entanto, acabou reforçando a opressão e as estruturas de controle criadas pelo direito colonial.

Após o Código Civil, foi criado o Estatuto do Índio, a Lei nº 6.001, em 19 de dezembro de 1973. No seu primeiro artigo, a lei estabelece como objetivo respeitar a preservação da cultura indígena e promover a integração gradual dos índios à sociedade brasileira. Albuquerque defende a idéia de que:

O “Estatuto do Índio”, elaborado em plena ditadura militar, não compreendeu a tutela de direito público recepcionada pelo Decreto de 1928 e pelo Código Civil de 1916. Confundindo conceitos, atrapalhou-se na forma e acabou regulamentando o regime tutelar previsto na codificação civilista, revogando o Decreto de 1928, com base no princípio da tutela do direito comum, coisa que nem mesmo o Código de 1916 havia feito, muito menos o Decreto de 1928. O Estatuto deveria ter determinado os princípios de direito público, porque os de direito privado pertencem aos direitos de família, além de completamente estranhos aos povos indígenas. Na realidade, a disposição do Título II, Capítulo II do Estatuto do Índio pretendia um retorno à tutela orfanológica. (Albuquerque, 2008, p. 217)

O Estatuto do Índio pode ser visto como um retrocesso, pois reintroduz a ideia de “emancipação” dos indígenas e a possibilidade de devolver as terras ao Estado. Isso ocorreria caso os indígenas perdessem sua condição de “índios”, já que o Estatuto tinha como principal objetivo sua integração à sociedade brasileira.

Durante o regime militar, com a construção de grandes obras como a Transamazônica, as usinas de Tucuruí e Balbina, e o Projeto Carajás, os povos indígenas foram vistos como um obstáculo, foram seus direitos constantemente desrespeitados em nome do progresso. Em 1976, o Ministro Rangel Reis declarou: “[...] os índios não podem

impedir a passagem do progresso. [...] dentro de 10 a 20 anos, não haverá mais índios no Brasil”(Brasil, 2014, p. 251).¹⁰

É pouco disseminado dados oficiais ligados aos 21 anos de chumbo sofridos pelas comunidades indígenas. Há um profundo silêncio, durante o governo FHC (1995-2003), as leis e comissões responsáveis por conceder indenizações às vítimas da ditadura nunca incluíram os povos indígenas. Em 2007, durante o governo Lula (2003-2011), as 502 páginas da publicação *Direito à Memória e à Verdade*, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, não mencionaram nenhuma vez as violações sofridas pelos povos indígenas (Valente, 2017, p. 10).¹¹

Ao final da década de 1970, foram se tornando abrangentes organizações não governamentais de apoio aos povos indígenas, assim já se iniciando os anos 80 com um movimento indígena de âmbito nacional. Contando com o apoio de juristas progressistas, entidades de apoio aos indígenas (como a Comissão Pró-Índio), antropólogos, comunidades eclesiais (como o Conselho Indigenista Missionário), pesquisadores e ativistas dos mais diversos setores sociais que lutavam

10 Importante lembrar a história para que não se repita, assim é válido assistir “Povos Indígenas na ditadura” como sexto episódio da série Incontáveis, uma série produzida pela Comissão da Memória e Verdade da UFRJ, revela histórias pouco conhecidas sobre a ditadura militar no Brasil. Ela divulga pesquisas acadêmicas e relatórios das comissões da verdade, mostrando como, durante esse período, os povos indígenas foram vítimas de remoções forçadas, massacres e epidemias, tudo em nome do desenvolvimento e da “segurança nacional”. Empresários, banqueiros, fazendeiros e agentes do Estado se uniram para “pacificar” os indígenas e forçar sua “integração” à sociedade, retirando-os de suas terras para construir estradas, hidrelétricas e promover atividades como agropecuária e mineração, que causaram poluição e destruição. O filme também destaca a resistência de sertanistas, antropólogos e missionários, o surgimento do movimento indígena unificado e os desafios enfrentados durante o período democrático. A narração é de Douglas Krenak, cuja família foi expulsa de seu território sagrado durante a ditadura. Disponível em: https://youtu.be/jHrJUBMeT_U?si=y2_Heh7X9jSBalqp

11 Ao menos 8.350 indígenas foram mortos durante o regime militar, em decorrência da ação direta de agentes governamentais ou da sua omissão, conforme o relatório final da Comissão Nacional da Verdade instalada pela presidente Dilma Roussef (2011-2016). Acredita-se, no entanto, que pode ser exponencialmente maior o número real de vítima, já que a análise se concentrou sobre uma parcela muito restrita dos povos e que “[...] há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas” (BRASIL, 2014, p. 205)

pela reconstrução da democracia e de uma nova nação (Faulhaber, 2017, p. 397). Assim nascia a União das Nações Indígenas - UNI.

Como muitos povos e lideranças indígenas já vinham numa crescente articulação desde o final da década de 1970, este período da Constituinte foi essencial para o fortalecimento e a consolidação da União das Nações Indígenas (UNI), considerada a primeira organização indígena de representação a nível nacional de forma independente e autônoma, ou seja, sem interferência da tutela estatal, o que por outro lado suscitava questionamentos acerca de sua legitimidade representativa. A UNI enfrentava, ainda, os desafios de lidar com as divergências de povos e de demandas. Mas um dos grandes feitos da UNI foi articular e fazer alianças com outros grupos sociais, instituições e políticos, o que foi fundamental para levar adiante as propostas dos povos indígenas em espaços decisórios (PATAXÓ, 2022)

Logo duas premissas são relevantes para compreender o processo de dificuldade de posicionamento deste povo, a primeira é que esses grupos não conseguem entender ou interpretar sua própria opressão de forma válida. A segunda é que eles são vistos como tendo uma “humanidade menor”. Essas ideias tratam os povos colonizados como incapazes de se comunicar de forma legítima, tornando-os, de certa forma, invisíveis e sem voz. (Kilomba, 2008, p.26).

A Constituição de 1988 marcou um ponto de inflexão na história do direito dos povos indígenas no Brasil. Pela primeira vez, foram reconhecidos os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, além de suas culturas, línguas e formas de organização social. A Carta Magna também colocou a demarcação e proteção dos territórios indígenas como um dever do Estado (Brasil, 1988).

Em nível global, o reconhecimento dos direitos indígenas avançou com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007. Este documento estabeleceu marcos importantes para o respeito à autodeterminação, aos territórios ancestrais e ao direito à manutenção de suas culturas (ONU, 2007).

Embora a história do direito dos povos indígenas seja marcada por períodos de opressão, os avanços normativos recentes representam conquistas significativas no caminho da justiça social. Como destaca Dalmo Dallari (2003), “o direito dos povos indígenas é uma construção histórica e social que reflete as lutas pela dignidade humana e pelo respeito à diversidade cultural”.

1.2 A NEGLIGÊNCIA ESTATAL NO CUMPRIMENTO DAS NORMAS JURÍDICAS

A Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo específico aos povos indígenas, reconhecendo a diversidade étnica do Brasil e abandonando a ideia de integração forçada que havia antes. Buscou-se garantir aos indígenas o direito permanente às terras que ocupam tradicionalmente, além de reconhecer suas organizações sociais, línguas, costumes, crenças e tradições. Estipulando assim, que as terras indígenas são propriedade da União (XI, art. 20), mas ao mesmo tempo reconhece que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são destinadas à sua posse permanente, com o usufruto exclusivo da riqueza do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (Brasil, 1988, cap. VIII, art.231, § 2º).¹²

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe avanços significativos ao tratar do tema. O artigo 231 estabelece que os

12 Com a Constituição de 1988, houve muitas reivindicações acerca de indenizações para vítimas da ditadura e devida punição para os crimes cometidos. No entanto, durante o governo Sarney, essas demandas foram ignoradas devido à sua ligação com o regime militar. Entre os governos de Sarney e Itamar Franco, houve pouco avanço na busca por justiça em relação à ditadura, e a questão das indenizações ficou em segundo plano. (ALVIM, 2016)

povos indígenas possuem direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, determina que é dever do Estado demarcar, proteger e respeitar esses territórios. (Brasil, 1988)

Apenas dos anos ditatoriais deixarem marcas intransferíveis, no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT, confirmava-se a transição brasileira pela reparação. De acordo com Paulo Abrão e Marcelo Torelly:

(...) a Constituição da República de 1988 faz referência, em seu Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, a uma anistia para os que foram atingidos por atos de exceção, prevendo inclusive, mais um conjunto de novos direitos reparatórios. Portanto, a anistia constitucional dirigiu-se aos perseguidos políticos e não aos perseguidores, omitindo-se quanto a anistia a crimes políticos e conexos. (Abrão; Torelly, 2012, p. 371-372)

Ainda que a intenção dos escritos constitucionais de tutelar e garantir direitos aos povos indígenas, os povos indígenas ainda enfrentam no Brasil uma situação de vulnerabilidade multidimensional, com aparatos legais enfraquecidos. A representatividade é limitada, reflexo em lacunas legislativas e restrição de participação nas diferentes esferas de poder. Dessa maneira são expostos a desigualdades socioeconômicas, que perpetuam sua marginalização e fragilidade social.

O que se percebe é que o Estado tem sido negligente no cumprimento das normas constitucionais, não apenas pela falta de estrutura nos órgãos responsáveis pelos indígenas, mas também por causa do racismo institucional e dos interesses econômicos dentro do próprio governo. Entre 1950 e 1970, com o crescimento do agronegócio, especialmente no Centro-Oeste, por meio da concessão

de títulos de propriedade para terceiros, pela impunidade dos crimes contra os indígenas e pela falta de políticas públicas adequadas, os povos indígenas foram expulsos de suas terras tradicionais, com apoio do governo. (Santana, 2010, p. 212)

De acordo com relatório da Organização das Nações Unidas (ONU, 2021, p.40) que aborda os Direitos dos Povos Indígenas feito em 2018, aumentou o retrato de tentativas de ruralistas em criminalizar lideranças indígenas, organizações, profissionais de antropologia, advogados e pessoas da sociedade civil por atuarem na defesa dos povos indígenas. Em decorrência, dessa “perseguição” refletiram, nos territórios, o ambiente institucional de ofensiva contra os direitos constitucionais dos povos originários. Isto é o que aponta, também, o relatório “Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2021”, com publicação anual do Conselho Indigenista Missionário, que em 2021 traz dados impactantes:

(...) os inimigos pretenderam não mais apenas atacar os espaços físicos de habitação e convivência nas aldeias, mas aniquilar os modos de ser, expressados através das espiritualidades e ancestralidades de cada povo. Agora invadem as comunidades, profanam e pisoteiam o chão sagrado e ateiaram fogo nos espaços dedicados a Deus, como as Casas de Reza. (Cimi, 2021, p. 11)

Assim, esses ataques são cruéis ao extremo, partindo do pressuposto que tem como motivação a aniquilação de ancestralidade de um povo, que tem como primordial a herança de seus hábitos. Além, do contexto de violência citado, há um estado de inconstitucionalidade em relação aos indígenas no sistema prisional e judiciário brasileiros, Isso inclui a falta de visibilidade, o aumento do número de indígenas presos, a ausência de tradutores e perícias antropológicas, e o desrespeito às diferenças culturais e aos métodos tradicionais de resolução de conflitos.

Em 2023, o Cimi e o Instituto das Irmãs da Santa Cruz fizeram um levantamento sobre a quantidade de indígenas presos em todo o Brasil, usando a Lei de Acesso à Informação. Eles identificaram 1.243 indígenas encarcerados, sendo 92 mulheres, no período de abril de 2023.(Cimi, 2023, p.29)

Os dados de 2023 comparados com anos anteriores, possuem em comum os dados alarmantes no Estado do Mato Grosso do Sul, conseguindo ter percentuais maiores de aprisionamento. No dizer do procurador da República Marco Antonio Delfino, atuante em Dourados/MS:

Não há como dissociar o encarceramento como mero efeito colateral de um cenário de intensa violação de direitos humanos. (...) Há uma clara associação entre um cenário de massacres, escravidão, remoção forçada de territórios tradicionais, acesso deficiente a políticas públicas e encarceramento. (Delfino, 2020, p. 163)

O Brasil possui 1.693.535 pessoas indígenas, o que representa apenas 0,83% da população total do país. Em pesquisa dados comparativos mostram a evolução dessa população entre 2010 e 2022 em diferentes contextos. De acordo com o IBGE, houve um aumento no número de indígenas vivendo em Terras Indígenas (TI), subindo de 567.582 em 2010 para 689.532 em 2022, o que representa um crescimento de 21% (IBGE, 2022).

Durante visita da Relatora Especial em 2016, foram relatados casos de assassinatos, detenções arbitrárias, tortura e criminalização de líderes indígenas. Em relatório realizado sob o título de “Eles Deveriam ter Sabido Antes” (2018, p.60), a relatora faz denuncia em que diversas organizações favorecem ameaças sistemáticas e impunidade em ataques contra indígenas, especialmente quando tentam defender seus direitos territoriais

Dessa forma, é notório despreparo Estatal para proporcionar a segurança de direitos indígenas, a vida, habitação, segurança, saúde, entre outros. A inadequação e insuficiência de treinamentos específicos para capacitação de servidores administrativos, operadores do Direito (Juizes, Promotores, Defensores e advogados) e policiais, para os tornarem capazes de intermediar diálogos interculturais, respeitando assim aspectos diversos dos povos originários.

1.3 EVOLUÇÃO DE CONCEITOS AMBIENTAIS

A preservação do meio ambiente não faz parte do instinto humano, basta analisar o quanto a busca incessante por conquistas territoriais foi o grande desafio do homem desde sua origem. Para Granzieira (2011) por se tratar de um ser racional a possibilidade de se adaptar aos locais através da utilização de seus recursos naturais disponíveis fez com que gradativamente a natureza fosse dominada, sem que houvesse preocupação com os danos provenientes das ações humanas.

Em consonância, com o que foi dito anteriormente o Brasil é marcado por uma cultura exploratória de suas riquezas desde seu surgimento, assim como preceitua Schwarcz¹³ em sua obra, o país tem seu cerne retirado de múltiplas formas por seus diversos colonizadores, uma vez que abarcados pelo viés de progresso, seus recursos eram retirados, bem como os interesses dos povos originários ignorados em prol dos frutos humanos.

Há de se destacar três períodos relevantes historicamente ao desenvolvimento de uma pré-consciência ambiental brasileira, sendo primordialmente o período colonial a partir da exploração do pau-brasil por Portugueses, descritos já naquela época, pelos

13 A respeito disso, houve o Seminário interno realizado no Núcleo de Estudos da Violência no dia 5 de outubro de 2015. A conversa teve como pauta o livro “Brasil: Uma Biografia”, uma oportunidade de diálogo e reflexão sobre o Brasil contemporâneo com Lilia Schwarcz e Heloisa Starling. Disponível em: https://youtu.be/DwD_z_6Tpn4?si=QMPkd0J6pfVmBN-

colonizadores, legislações que delimitassem a extração de árvores, o zoneamento de caças e a instituição de penas aos que infringissem as leis, tal como apontado por Vladimir Passos de Freitas.¹⁴

“Regimento do Pau-Brasil” como ficou conhecida a primeira lei de proteção florestal, definida em 12 de dezembro de 1605, o que concedeu espaço a várias determinações reais sob a forma de leis, alvarás, cartas régias e regimentos.¹⁵

Posteriormente, com a promulgação da constituição imperial de 1824, também fora designado a elaboração do Código Civil e Criminal. Dispondo de dispositivos (arts.178 e 207) que estabeleciam penas para o corte ilegal de madeiras no Código Penal. Conforme muito bem explorado pela autora Ann Helen Werner (1991, p.5), a conhecida “lei de terras” Lei nº 601, fundamentava-se na teoria de reparação do dano ecológico.¹⁶

Logo, foi a partir do período republicano que de fato começa a ser consolidado legislações específicas à proteção do meio ambiente,

14 Vladimir Passos de Freitas, “A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais”, tese de doutorado na Univ. Fed. PR (inédito), 1998, p.9 IN verbis: “As Ordenações Afonsinas, no Livro V Título LVIII, proibiam o corte de árvores frutíferas; o Livro V, Título LXXXIII, das Ordenações Manoelinas, vedava a caça de perdizes, lebres e coelhos com redes fios, bois ou outros meios e instrumentos capazes de causar dor e sofrimento na morte desses animais; As Ordenações Filipinas protegiam as águas, no Livro LXXV, Título LXXXVIII, §7º, punindo com multa quem jogasse material que sujasse ou viesse a matar os peixes”.

15 A contribuição do regimento é algo a se destacar, dado que a época detinha necessidades pelas quais a instituição de leis determinantes do uso de seus recursos, foram bastante progressistas. Sendo a atenção direcionada a prevenção de uma possível escassez de madeira, a coroa não se restringiu as leis estabelecidas no Regimento do Pau-brasil. Descrevendo o Regimento da Relação e Casa do Brazil, em março de 1609, “que foi o primeiro tribunal brasileiro instalado na cidade de Salvador, com jurisdição em toda a colônia. Determinava o rei que o Governador tivesse particular cuidado com o corte desmedido das madeiras, inclusive coibindo o fogo nas lenhas donde se faziam roças, já preocupado com a falta da dita lenha e madeira, que seria causa de não se poderem construir novos engenhos, e dos que haviam, por esta causa, cessado de moer”. Ann Wainer, Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental, pp. 20-21

16 Esta lei submetia ao registro todas as terras ocupadas e impedia a aquisição das devolutas, a não ser por compra. Em seu artigo 2º, punia o dano pela derrubada de matas e queimadas, responsabilizando o infrator, “civilmente, com o pagamento de multa de cem mil réis e, penalmente, com a prisão que poderia variar de dois a seis meses. (WERNER, 1991, p.5.).

em particular as décadas de 1960 e 1970. Sendo uma preocupação em cenário nacional e internacional, ocorrendo em 1972, sediada em Estocolmo a célebre conferência sobre o Meio Ambiente (de 5 a 16.06.1972) sob patrocínio da Organização das Nações Unidas (ONU, 1972).

Outro marco relevante é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007. Essa declaração afirma que os povos indígenas têm direito à autodeterminação, ao uso sustentável de seus recursos naturais e à proteção de suas culturas e conhecimentos tradicionais (ONU, 2007).

Apesar dos avanços normativos, a implementação prática desses direitos ainda enfrenta desafios, como conflitos fundiários, discriminação e a dificuldade de acesso a serviços básicos, como saúde e educação. Segundo Dalmo Dallari (2003), “o reconhecimento jurídico é uma conquista importante, mas sua eficácia depende de uma atuação contínua e vigilante, especialmente em um cenário de interesses econômicos conflitantes.”

Corresponde a consequência de todos os fatores anteriores que ocorriam no Brasil e no mundo de situações como a revolução industrial, a segunda guerra mundial, artigos e simpósios que estavam acontecendo com frequência para discussões ambientais da tutela constitucional do meio ambiente.¹⁷ A Constituição Federal de 1988

17 A proteção internacional do meio ambiente. São Paulo: Manole. 2003, p.44. In Verbs “Num evidente clima de urgência de uma regulamentação enérgica sobre o meio ambiente mundial, fortemente motivado pelos graves acidentes que causavam verdadeira comoção pública na maioria dos Estados, além da pressão da opinião pública sobre as diplomacias dos Estados, aliada aos resultados alarmantes de cientistas sobre a situação de desequilíbrio no meio ambiente, a maioria dos países, na AG da ONU, resolveu convocar uma grande conferência internacional para discutir a questão da preservação do meio ambiente, mas sem perder a dimensão que os países em desenvolvimento insistiam em discutir, conjuntamente: a questão do desenvolvimento e das disparidades de níveis econômicos existentes entre os Estados. A temática da implantação de uma ‘nova ordem econômica internacional’ não poderia fazer falta nas discussões daquele período, tendo em vista que ela era o tema mais importante de qualquer reunião sob a égide da ONU. As próprias denominações das conferências internacionais de 1972 e 1992 revelam enfoques distintos e, sobretudo, temáticas diferentes; em Estocolmo, em 1972, tinha sido [a] Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano e, em 1992, no Rio de Janeiro, a denominação

recepcionou o conceito estabelecido na Lei da Política 22 Nacional do Meio Ambiente e protegeu, além do meio ambiente natural, o artificial, o cultural e o laboral. É o que se percebe a partir do art. 225, que utiliza o termo “sadia qualidade de vida” ao definir o meio ambiente como um direito de todos e como bem de uso comum, sendo essencial para o bem-estar geral (Fiorillo, 2013, p. 69).

Assim o Brasil avançou para um caminho ainda mais intenso de definições de suas áreas de proteção, uma vez que o país conta com uma numerosidade de recursos incomparável, podendo se destacar de diversas formas em setores de produção. As análises de impacto foram cruciais, já que a demanda industrial da época tinha crescente acelerada, surgindo também, o Decreto nº88.351, de 1.06.1983, que criou o CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, previsto 1, de 23 de janeiro de 1986.

No âmbito jurídico um destaque para a fundação de um grupo de juristas da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP, sob a presidência do Dr. Antônio Fernando Pinheiro Pedro, com estudos voltados num Anteprojeto de Código Ambiental Nacional¹⁸(1995) e em Salvador, a instauração da Associação Brasileira dos Advogados Ambientalistas - ABAA (1994).

A classificação de Direito ambiental depende consideravelmente da descrição de meio ambiente já que uma está condicionada à outra. Por se tratar frequentemente de descrições abrangentes e pouco práticas. Decerto, há uma interseção com várias outras áreas do direito, entretanto a definição de fronteiras é crucial para que se possa cumprir sua principal finalidade, que é estabelecer o referencial legal

oficial da ECO-92 foi Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.”

18 NAZO, Georgette Nacarato; MUKAI, Toshio. O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). Direito ambiental: direito ambiental internacional e temas atuais. São Paulo: RT, 2011. p. 1063. Ambos participaram de vários grupos de trabalho, cabendo a sistematização, redação final e das “Justificativas” à Georgette N. Nazo.

e normativo das atividades humanas em relação ao meio ambiente. (Thorton; Beckwith, 1997, p.2)

Compreender o conceito de direitos difusos e coletivos é essencial no estudo do direito ambiental. Esses direitos não pertencem a um indivíduo, mas a um grupo ou à sociedade como um todo. Mauro Cappelletti (1977) destaca sua importância para a proteção ambiental, pois sua natureza transindividual¹⁹ beneficia um número maior de pessoas. O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reforçam que os direitos difusos atendem necessidades que vão além do individual, destacando sua relevância jurídica e social.

Assim consoante a hermenêutica jurídica o direito ambiental inclui-se no rol dos denominados “novos” direitos, pela complexidade na compreensão em sua matéria, uma vez que ampla a completude prevista no que é analisado dentro de questões ambientais, a visão do jurista perpassa as teorias, julgados, textos de lei ou técnicas argumentativas preexistentes. (Sampaio, 2013, p.22)

Para Sampaio (2013), a particularidade da observação da diferença de fontes materiais do direito ambiental é resultado de uma chamada “crise ecológica” que introduz o ideal voltado a lidar com o risco ambiental. Logo ultrapassa os limites sobre autonomia no âmbito da ciência do direito pelo, uma vez que é necessária uma reinterpretação no que já foi firmado por diversas áreas do conhecimento para que haja adaptação fidedigna ao caso.

A intenção de dinamizar o direito ambiental não ignora que cada parte deve ser avaliada individualmente, porque cada área merece atenção específica à sua natureza, seja ecológica, social, econômica, florestal e outras. Assim como o autor Paulo Affonso Leme Machado, (2005 pp. 148-9) explica em seus obra “[...] O direito ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar: estes temas com a argamassa da identidade de instrumentos jurídicos

19 Com a existência de conflitos sociais nos últimos séculos surgiram os direitos transindividuais, exigindo o reconhecimento e a proteção de direitos como a educação, a segurança, o meio ambiente e a saúde, entre outros direitos de natureza fluida, cuja titularidade compete a todo cidadão. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual civil coletivo. 2. ed. São Paulo: Srs., 2008, p. 4

de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.”

2. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E OUTROS DIREITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À JUSTIÇA AMBIENTAL DE POVOS INDÍGENAS

Extensivamente traçamos o caminho da construção do viés ambiental no Brasil, ressaltando que com suas acepções histórico-culturais se intensifica a intenção de regimentos, decretos, normas e estudos. Logo todas as legislações atenderam às necessidades da sociedade vigente, o que revela a extrema importância da construção de uma linha do tempo.

Como cita em seu livro Piaget Para a criança, “compreender o tempo é libertar-se do presente(...)”; “não só antecipar o futuro, em função de regularidades inconscientemente estabelecidas no passado, mas desenvolver uma sucessão de estádios, nenhum dos quais é semelhante aos outros e cuja conexão só se poderia estabelecer por movimentos cada vez mais próximos, sem fixação nem repouso”

Dessa forma, o Direito Ambiental é visto como uma questão antropocêntrica, servindo como uma ferramenta para atender necessidades humanas. O que corrobora com o Princípio n. 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992 (ONU. 1992). De outra forma, Granziera (2011), relata como o homem está inserido ao princípio 1:

Mais que um direito humano no sentido estrito, deve tratar-se de um direito da espécie que protege tanto o homem como o meio em que ele vive’. De acordo com esse posicionamento, o homem faz parte do meio ambiente, integrando a natureza, que possui valor por si própria e não apenas em função dos interesses do homem (Granziera, 2011, p. 48)

Com esse entendimento é impossível separar a tutela jurídica da atuação do Poder Público na garantia da proteção ambiental, sendo primordial além da política ambiental a determinação do cidadão para assegurar que estejando sendo efetivos os projetos e leis dispostas.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um princípio fundamental para a preservação da vida no planeta e a promoção de um desenvolvimento sustentável. Este direito está consagrado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Brasil, 1988).

Esse preceito reflete uma mudança paradigmática na relação entre sociedade e natureza, priorizando o equilíbrio ambiental como condição indispensável ao bem-estar humano e ao desenvolvimento econômico. De acordo com José Afonso da Silva (2003), “o meio ambiente deixou de ser um tema periférico no direito, para se tornar um direito fundamental, essencial à concretização da dignidade da pessoa humana e à própria sobrevivência das espécies”.

Além do reconhecimento constitucional, o direito ao meio ambiente equilibrado é reforçado por tratados internacionais, como a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992). Esses documentos afirmam que o desenvolvimento sustentável deve integrar a proteção ambiental, a justiça social e o progresso econômico como objetivos interdependentes e complementares.

No Brasil, a legislação ambiental busca regular práticas econômicas e sociais para minimizar impactos ao meio ambiente, garantindo sua preservação. A Lei nº 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, estabelece penalidades severas para ações que degradam os recursos naturais e atentam contra o equilíbrio ecológico.

Apesar de avanços significativos, o direito ao meio ambiente equilibrado enfrenta desafios na sua efetivação, como desmatamentos,

poluição e mudanças climáticas. Como destaca Philippe Sands (2004), “o desafio global de conciliar proteção ambiental e progresso econômico demanda um esforço contínuo de cooperação entre Estados, setor privado e sociedade civil”.

O direito ao meio ambiente equilibrado é um instrumento essencial para garantir a sustentabilidade e o bem-estar das gerações atuais e futuras. Ele exige ações coordenadas e conscientes de todos os setores da sociedade, reafirmando o compromisso com a preservação do planeta.

No que tange à legitimidade constitucional da governança ambiental na esfera judicial:

a atribuição legal de tarefas à Administração, de competências aos seus órgãos, de uma discricionariedade para agir e definir no concreto uma política ambiental, permite ao Estado exercer juridicamente a sua função de governança, nos limites e sob a orientação dos direitos fundamentais e no quadro dos princípios jurídicos, sujeita ao controle dos tribunais. Com o que a governança se assume como realização do direito, reinventando o Estado e o seu poder. (Garcia, 2007, p. 494; Fensterseifer, 2008, p. 98)

Consoante ao raciocínio aqui elencado, a partir da legislação ambiental é possível visualizar o pensamento político voltado à segurança Humana²⁰, que está totalmente entrelaçado a sociedade e o meio ambiente, o dever do Estado, aplicado aos direitos humanos,

20 Sob a égide do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, em 1994 a ONU, perante o amadurecimento político e das mudanças nas relações internacionais, a abordagem da Segurança Humana foi apresentada no relatório de desenvolvimento humano. Nesse sentido a definição tem os direitos humanos como diretrizes, “(...) A Segurança Humana trata da segurança dos indivíduos e comunidades em vez da segurança de estados, e combina direitos humanos e desenvolvimento humano” BEEBE, Shannon D.; KALDOR, Mary. The ultimate weapon is no weapon: human security and the new rules of war and peace. PublicAffairs: 2010.

organiza circunstâncias com intenção de favorecer o estado de garantias preconizadas pelos direitos humanos, logo, a implementação de políticas que abordem fatores como a migração devido às alterações climáticas, desastres ambientais e suas consequências, utilização responsável dos recursos ambientais, educação ambiental, e assim por diante.

2.1 JUSTIÇA AMBIENTAL

O homem todos os dias assume o risco de suas ações, não falando em âmbito judicial pelo qual seria lícito e plausível para determinadas situações, mas se tratando dos “riscos” que vem do agir, a intenção de ocasionar mudanças em seu ambiente. A teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck (2011) é vista por determinados escritores, como uma alternativa crítica radical, visto que leva em consideração o conflito ecológico e a desigualdade de poder em relação às técnicas, além de legitimar uma ação crítica do ecologismo, diante do questionamento da capacidade das instituições de aprender a lidar com o caráter ampliado dos riscos.

Mascarar o papel da estrutura capitalista que nos insere se assemelha a ignorância “Toda consideração séria sobre os perigos ambientais aponta imediatamente para a necessidade de se conter e controlar a operação dos mercados como uma de suas primeiras causas” (Rustin, 2001, p. 357) elenca a prioridade de reconhecimento da mobilização que o capitalismo promove na natureza, a partir dos anseios do homem perante o meio que está inserido.

A partir de um estudo de 1987 da Comissão de Justiça Racial da United Church of Christ, Laituri (1994) afirma que se descobriu a proporção de residentes de minorias étnicas em comunidades com instalações de eliminação de resíduos perigosos é igual ao dobro da proporção de minorias em comunidades sem tais instalações.

Após esta pesquisa, Benjamin Chavis foi capaz de expressar o termo “racismo ambiental”²¹ para identificar “a imposição desproporcional - intencional ou não - de rejeitos perigosos às comunidades de cor”

Em outras palavras, buscou-se evidenciar que influências de mercado e práticas discriminatórias das entidades governamentais se uniam de maneira coordenada para a geração das disparidades ambientais. E que a concretização da distribuição desigual dos perigos reside na suposta fragilidade política dos grupos sociais residentes nas áreas de destino das instalações perigosas, comunidades rotuladas como “carentes de discernimento”, “desprovidas de consciência ambiental” ou “manejáveis”, conforme a descrição dos consultores conhecedores da resistência das populações à implementação de fontes de risco. (Dichiro, 1999, p.105)

O sistema jurídico reflete as relações econômicas e sociais, e, por isso, pode servir para marginalizar certos grupos. Um exemplo disso é a situação dos povos indígenas, que muitas vezes só têm seus direitos reconhecidos quando se inserem no sistema definido pelo Estado. Isso demonstra como o sistema jurídico pode ser um instrumento de exclusão, com invisibilização dos povos indígenas refletindo uma escolha deliberada dos Estados, tanto no Brasil quanto em toda a América Latina. Nesse contexto, os indígenas precisavam ou se adaptar e se tornar cidadãos plenos, ou continuar vivendo em suas comunidades, à margem da sociedade (Fachin, 1996, p.147)

21 Na definição original, traduzida para o português, **racismo ambiental** é a discriminação racial na elaboração de políticas ambientais, aplicação de regulamentos e leis, direcionamento deliberado de comunidades negras para instalações de resíduos tóxicos, sanção oficial da presença de venenos e poluentes com risco de vida à comunidades e exclusão de pessoas negras da liderança dos movimentos ecológicos. Refere-se à qualquer política, prática ou diretiva que afete ou gere desvantagens de maneira diferenciada (seja intencional ou não) a indivíduos, grupos ou comunidades com base em raça ou cor. GLOSSÁRIO DA DIVERSIDADE, <https://arquivos.mpro.mp.br/docs/gerenciador/documentos/arquivos/DOC-535301-Gloss%C3%A1rio%20da%20Diversidade.pdf> Glossário da Diversidade Glossário da Diversidade

No Brasil, as contribuições realizadas pela pensadora Tania Pacheco (2007)²² preenchem espaços de extrema relevância, uma vez que o debate a respeito de Racismo ambiental em nosso país é muito pouco disseminado, embora parcela significativa possa se identificar com o que é preconizado. Assim, chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações vulnerabilizadas.

No campo jurídico, existem pesquisas e até mesmo julgamentos que abordam as situações de desigualdade ambiental, em uma decisão de 2013, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça mencionou explicitamente a desigualdade ambiental como mais um argumento em favor da obrigação administrativa de uma empresa responsável pela contaminação da água e pela consequente ocorrência de numerosos casos de doenças.

O Ministro Relator Herman Benjamin denota o fato de que as vítimas são, como em ‘todos casos de graves incidentes de poluição por resíduos tóxicos ou perigosos, em sua grande maioria as vítimas são pessoas humildes, incapazes, pela baixa instrução, de conhecer e antecipar riscos associados a metais pesados e a agentes carcinogênicos, mutagênicos,

22 “Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações mais vulneráveis. O Racismo Ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas, igualmente, através de ações que tenham impacto “racial”, não obstante a intenção que lhes tenha dado origem. (...) O conceito de Racismo Ambiental nos desafia a ampliar nossas visões de mundo e a lutar por um novo paradigma civilizatório, por uma sociedade igualitária e justa, na qual democracia plena e cidadania ativa não sejam direitos de poucos privilegiados, independentemente de cor, origem e etnia”. Esta é uma citação do texto Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania, Da jornalista Tania Pacheco, também considerada como uma das especialistas sobre o tema no Brasil e criadora do Blog Racismo Ambiental Combate. Link de acesso ao blog <https://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/racismo-ambiental-expropriacao-do-territorio-e-negacao-da-cidadania-2/> Sobre o tema também é possível visualizar um debate bastante enriquecedor realizado pelo Instituto Climainfo, disponível no canal do youtube “Blog Combate Racismo Ambiental e conflitos por terra | Aula com: Tania Pacheco” link de acesso: <https://youtu.be/3zqq9a0yyrU?si=8IXeCiKFGMZjuyto>

teratogênicos e ecotóxicos. Ademais, prisioneiras da indignância social que as aflige, não se encontram em condições de evitar ou mitigar a exposição à contaminação letal, mudando a localização de suas precárias residências' (Brasil, 2013, online)

Muitas pesquisas têm sido conduzidas com o objetivo de entender a aplicação seletiva das normas ambientais, quanto à flexibilização das regulamentações destinadas a assegurar um ambiente saudável, o que resulta na criação das chamadas “zonas de sacrifício”, termo utilizado para descrever regiões, geralmente habitadas por pessoas de baixa renda, onde são implantadas as empresas e atividades com maior impacto ambiental e social.²³

Diante de inúmeros estudos, Swcharcz (2022)²⁴ diz que é passível afirmar que o Brasil é um país que enfrenta lacunas, que se assemelha a uma profunda cicatriz, raiz de uma história de exploração humana e de seus recursos, o que acarretou um afastamento de pertencimento e identificação com o que veio de nós. Assim o ato de preservar é distante já que na nossa sociedade o indivíduo cuida daquilo que o pertence,

23 Em uma análise da disparidade na aplicação da legislação ambiental, em áreas muito próximas e igualmente ligadas aos projetos olímpicos, NABACK e GUIMARÃES concluem: “Os exemplos da construção do Campo de Golfe e da remoção da Vila Autódromo evidenciam que as normas ambientais e urbanísticas podem ser manipuladas para se ajustarem aos projetos ou interesses propostos. No caso do Campo de Golfe, houve uma flexibilização da legislação ambiental e urbanística para viabilizar sua construção, ignorando a importância ecológica do local, as normas de preservação e o histórico de criação de áreas protegidas. As regulamentações municipais foram modificadas e a licença ambiental foi concedida, com base principalmente na degradação do local. Por outro lado, essa mesma legislação ambiental foi enfatizada para justificar a remoção da Vila Autódromo. Enquanto, por um lado, foi manipulada - e até mesmo ignorada - para permitir a construção do campo de golfe, por outro lado, foi invocada de forma decisiva para autorizar a remoção da comunidade. Isso evidencia que a aplicação assimétrica das normas ambientais e urbanísticas é um dos mecanismos utilizados por esse projeto de homogeneização urbana.” (NABACK, GUIMARÃES, 2017)

24 A respeito da temática abordada em seu artigo “O Sequestro da Independência”, é possível assistir a palestra ministrada pela professora Lilia Moritz Schwarcz, Prof^a Dra. Titular do Departamento de Antropologia da USP, através do perfil oficial do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. (UFPR), no youtube, pelo link: <https://www.youtube.com/live/JIMBbv1WszA?si=avjM3szfzZ3KTA>

e não o que é de todos, o que revela a herança colonial, somos e repetimos aquilo que nos foi apresentado desde a colonização.

A ideia de raça foi uma maneira de legitimar as relações de dominação europeia na América Latina, Quijano (2005)²⁵ ainda afirma que se dá ao padrão do homem europeu que era considerado superior e possuído de uma estrutura biológica e racial diferenciada. Por mais que o colonialismo tenha sido ultrapassado Ballestrin (2013)²⁶ aponta que a colonialidade persiste de formas demasiadas e, sobretudo, nos discursos reproduzidos cotidianamente em nossa sociedade. Somos incansavelmente condicionados nas relações de poder, saber e ser.

Krenack (2020)²⁷ enfatiza a importância de reconhecer a interconexão entre todos os seres vivos e a necessidade de respeitar e preservar a natureza para garantir um equilíbrio sustentável no planeta. O antropólogo indígena afirma que é fundamental adotar

25 Em 1989, Aníbal Quijano elaborou a ideia da colonialidade do poder, conceito que reflete a persistência das relações de colonialidade nas esferas econômica e política mesmo após o declínio dos regimes coloniais. Isso evidencia a continuidade das formas de dominação colonial geradas pelas culturas coloniais e atualiza os processos que supostamente deveriam ter sido encerrados com a independência oficial das antigas colônias. Sendo possível visualizar mais sobre em Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina Título. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>.

26 A ideia de que a modernidade é inseparável do colonialismo, e o colonialismo ainda define poder, conhecimento e ser em relações geopolíticas, particularmente na geopolítica do conhecimento. (BALLESTRIN, 2013)

27 É de suma relevância o conhecimento de Ailton para a população brasileira, uma vez que em seus livros e entrevistas, não deixa de lado os apontamentos ao "homem branco" e sua parcela de culpa nas degradações do meio. O poder de escancarar e não se intimidar pela luta por uma terra que carrega trajetórias do que ele viveu a vida inteira, que têm histórico de povos originários, com apenas o intuito de vida preservar. O livro *Ideias para Adiar o Fim do Mundo*, propõe uma perspectiva cósmica do mundo para orientar uma nova maneira de consumo e existência, sendo o mais perto da natureza, menos ávida por dinheiro, poder e domínio. Com certeza grandes contribuições são feitas em suas falas, assim possível visualizar sobre o tema, alguns debates ricos, como:

Thiago B. Mendonça. Vozes da Floresta | Ailton Krenak. Youtube, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://youtu.be/KRTJH1os4w?si=fY0ZeZ3PSRp1sTFv>. Acesso em: 04/05/2024

KRENAK, Ailton. Ailton Krenak: "A Terra pode nos deixar para trás e seguir o seu caminho". Entrevista concedida a Anna Ortega. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Jornal da Universidade. Publicado em: 12 de novembro de 2020

práticas que promovam a harmonia e a coexistência pacífica entre humanos e o ambiente natural.

“Nos descolamos do corpo da Terra”, diz Krenak (2020). Fizemos um divórcio, acreditando que poderíamos viver por nós mesmos. Com uma condição: extrair, dominar, explorar tudo o que vem de Gaia. Nos divorciamos desse organismo que nos abriga, mas estamos a todo instante a usurpá-lo.

Até 1988, a política indigenista no Brasil seguia a ideia de missão civilizatória europeia, baseada na tutela do Estado e na visão de que os povos indígenas eram selvagens e, com o tempo, desapareceriam. Porém, a partir de 5 de outubro de 1988, a Constituição reconheceu pela primeira vez o papel dos indígenas na formação do Estado nacional, porém não foi explicado de forma clara quem são os povos indígenas nem os critérios para reconhecê-los, deixando essa definição para os próprios povos tradicionais. Assim, persistem os conflitos socioambientais envolvendo terras indígenas, os recursos indispensáveis à sua subsistência e, intrínseca a todas essas questões, a própria autonomia sociocultural indígena.

Ressalta-se assim que faltou reconhecimento adequado das visões de mundo dos povos indígenas, regras específicas sobre como eles se relacionam com a natureza ou sobre como tomam decisões dentro de suas comunidades no texto constitucional de 1988 (Araújo Jr, 2018 p. 201). Os direitos humanos são, ao mesmo tempo, uma exigência fundamental de justiça e uma busca difícil de ser totalmente alcançada pela lei. Mesmo com sua aplicação de forma uniforme, eles ainda representam um ideal que acolhe diferentes identidades e tradições, muitas vezes marginalizadas e reprimidas. Assim, a luta das pessoas se dá sob a bandeira, ainda vaga, da humanidade (Douzinas, 2009, p. 379).

3. DESTERRITORIALIZAÇÃO: INVASÕES, USURPAÇÃO E DESMATAMENTO EM TERRITÓRIOS INDÍGENAS

3.1 MARCO TEMPORAL

Assim compreendido os conceitos principais de meio ambiente, justiça ambiental e vulnerabilidade socioambiental, é passível a análise em determinadas minorias as quais são atingidas diretamente pelos impactos da omissão/ação humana.

O Brasil está imerso num cenário perene de contenda entre povos indígenas e garimpeiros, latifundiários e lavradores no que tange à delimitação de glebas. Esta contenda implica (e ameaça) a subsistência, permanência e herança cultural de comunidades originárias no solo nacional. Neste contexto é que se depara com o “Marco Temporal”, argumento jurídico debatido tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Congresso Nacional.

O “Marco Temporal” postula uma circunstância temporal para discernir as terras indígenas suscetíveis à demarcação daquelas que não o são. Em síntese, conforme a “doutrina do Marco Temporal”, somente os territórios que estavam sob ocupação ou contestação (persistente usurpação) pelas comunidades tradicionais até o dia 5 de outubro de 1988 devem ser sujeitos ao procedimento demarcatório.

A deliberação acerca do Marco Temporal e da demarcação de terras indígenas havia sido interrompida em 2021 e apenas retomada em 2023. Uma vez que era preconizada prioritariamente a “integração” das populações indígenas ao restante da sociedade, no Estatuto do Índio²⁸ (Lei 6.001) promulgado em 1973, a Constituição passou a assegurar o respeito e a proteção à cultura das populações originárias. A Constituição Federal de 1988, em seu dispositivo consignado no artigo 231, reconhece aos povos indígenas o direito à sua estrutura social, práticas culturais, idiomas, credos, costumes e prerrogativas

²⁸ De acordo com o Manual De Comunicação Da Secretaria Da Comunicação Social (Secom), o termo “Índio” entra em desuso: “Para designar o indivíduo, prefira o termo indígena a índio. Indígena significa “originário, aquele que está ali antes dos outros” e valoriza a diversidade de cada povo. Para se referir ao dia 19 de abril, a Secom adota o termo Dia dos Povos Indígenas (com iniciais maiúsculas), em vez de Dia do Índio. Recomenda-se também o uso dos termos aldeia, terra ou território indígena, em vez de tribo. Para o grupo de indígenas, use etnia ou povo.”

ancestrais sobre os territórios que tradicionalmente habitam.²⁹ Importa ressaltar que para a efetivação desse direito não se estabelece qualquer limite temporal. Ademais, é imperativo salientar que a doutrina do Marco Temporal não reflete com acuidade a realidade, haja vista que inúmeros povos indígenas já não ocupavam suas terras até o ano de 1988, uma vez que foram anteriormente despojados de seus territórios primigênicos.

Acrescente-se a isso que, em concomitância com o debate travado no âmbito do STF (quanto à constitucionalidade ou não do Marco Temporal), tramitou no Congresso Nacional e, posteriormente, foi sancionada, a Lei nº 14.701, datada de 20 de outubro de 2023³⁰, a

29 “O constituinte de 1988 entende que a população indígena deve ser protegida e ter reconhecidos sua cultura, seu modo de vida, de produção, de reprodução da vida social e sua maneira de ver o mundo” afirmação realizada pelo professor Gustavo Proença, pesquisador da área de direitos humanos, para Agência Brasil. Povos Indígenas: conheça os direitos previstos na Constituição. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenas-conheca-os-direitos-previstos-na-constituicao>>.

30 As diferenças políticas e jurídicas sobre o tema levaram a várias ações do governo, referentes a imposição do Marco Temporal. Essas controvérsias têm causado conflitos constantes entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Como, no Judiciário, em 27 de setembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou a ideia do marco temporal para a demarcação de terras indígenas, decidindo que a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) não pode ser usada para definir a ocupação tradicional da terra por essas comunidades. No Legislativo, foi criada a Lei nº 14.701, que trata do reconhecimento, demarcação, uso e gestão de terras indígenas. Em seguida, no Executivo, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei 14.701, mas vetou algumas partes, incluindo a que dizia que os povos indígenas só teriam direito às terras que ocupavam ou reivindicavam em 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da atual Constituição Federal).

Ainda em 2023, no entanto, o Congresso Nacional derrubou os vetos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva ao projeto de lei que estabelece a tese do marco temporal. Em resposta, partidos políticos, já em 2024, apresentaram uma ação de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, questionando a validade das regras aprovadas pelo Congresso Nacional, que dizem que os povos indígenas só têm direito ao reconhecimento e demarcação de territórios se comprovarem sua presença nas áreas em 5 de outubro de 1988. Barroso vota contra marco temporal e STF tem 4 votos a 2 contra tese ruralista. Brasil de Fato, 31 de agosto de 2023. Disponível em: [https://www.brasildefato.com.br/2023/08/31/barrosovota-contra-marco-temporal-e-stf-tem-4-votos-a-2-‘Nosso-direito-a-terra-e-ancestral’: Indígenas protestam contra o marco temporal em Porto Alegre. Brasil de Fato, 31 de agosto de 2023. Tal situação afeta profundamente centenas de indivíduos e o destino do planeta.](https://www.brasildefato.com.br/2023/08/31/barrosovota-contra-marco-temporal-e-stf-tem-4-votos-a-2-‘Nosso-direito-a-terra-e-ancestral’:-Indigenas-protestam-contra-o-marco-temporal-em-Porto-Alegre.-Brasil-de-Fato,-31-de-agosto-de-2023.-Tal-situacao-afeta-profundamente-centenas-de-individuos-e-o-destino-do-planeta.-Disponivel-em:-https://www.brasildefato.com.br/2023/08/31/nossodireito-a-terra-e-ancestral-ativistas-protestam-contra-omarco-temporal-em-porto-alegre)

Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/08/31/nossodireito-a-terra-e-ancestral-ativistas-protestam-contra-omarco-temporal-em-porto-alegre>

qual normatizou o preceito estabelecido no artigo 231 da Magna Carta e, de maneira agravante, complicou o procedimento de demarcação de terras indígenas — inclusive recorrendo ao argumento do marco temporal —, ameaçando assim a salvaguarda do direito dos povos indígenas às suas terras e a preservação de sua cultura e modo de vida, distintos enquanto entidades coletivas.

A inexistência de delimitação territorial reduz, de maneira alarmante, a salvaguarda desses grupos étnicos, viabilizando a ocupação dessas regiões para a implantação de instalações militares, malhas viárias, sistemas ferroviários, exploração de recursos energéticos e atividades mineradoras. Tal constatação evidencia não apenas a vulnerabilidade dos povos indígenas e de sua cultura, mas também a ameaça que paira sobre o habitat que ocupam e o equilíbrio ambiental que preservam.

Ao longo da história, as comunidades indígenas no território brasileiro sofreram inúmeras manifestações de agressão, culminando em sua dizimação e desapossamento de suas terras.³¹ A imposição de um referencial temporal não passa de uma artimanha para perpetuar tal violência, obstruindo assim a salvaguarda dos povos indígenas em relação às suas terras e tradições primordiais. No escopo do aparato estatal, este tema tem suscitado debates acalorados.

A inconstitucionalidade declarada pelo STF da tese do Marco Temporal, decidindo que a Constituição se refere não apenas às áreas

31 O rol de transgressões contra a humanidade perpetradas pela ditadura militar contra as comunidades indígenas é vasto. Dentro deste panorama, incluem-se torturas, bombardeios de aldeias, emprego de agentes biológicos e deslocamentos compulsórios, resultando na morte de mais de 8,3 mil indígenas em todo o território nacional. Embora esta cifra seja vinte vezes superior ao número de óbitos e desaparecidos registrados nas áreas urbanas, este aspecto da narrativa histórica é frequentemente relegado ao esquecimento ao abordarmos os impactos do regime ditatorial. Este silenciamento perpetua a invisibilidade e marginalização das comunidades indígenas na memória coletiva do país. Com isso "A Memória Perigosa" configura-se como uma série documental que escrutina a política de extermínio perpetrada pelo Estado brasileiro contra as populações indígenas durante o regime ditatorial civil-militar, bem como a heróica resistência dos povos indígenas. Disponível em: <https://www.laboratoriocisco.org/memoria?lang=en>

atualmente ocupadas, mas também àquelas que têm ligação com a ancestralidade e a tradição dos povos indígenas. Traduzindo o sentido de posse da terra, como um direito fundamental assegurado aos povos indígenas, o qual não pode ser dissociado dos demais direitos a eles garantidos, estando profundamente vinculado à dignidade étnica de uma nação.

Ao final do ano de 2022 a estratégia de proteção territorial da Fundação Nacional do Índio (Funai)³² aplicava-se apenas aos territórios indígenas oficialmente reconhecidos com os procedimentos de demarcação concluídas pelo Presidente da República. De acordo com a Plataforma Cartografia das Terras Indígenas do Brasil, gerenciada pelo Instituto Socioambiental (ISA), 239 das 726 terras indígenas do país não foram homologadas. Esta ação viola a Carta Magna e os acordos internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas.³³

Um fato recorrente no Brasil contemporâneo, é que os manifestantes asseveram que a questão do não atendimento de algumas de suas reivindicações não possui relação direta com a carência de orçamento, mas sim com a inércia do Estado. A ausência de ações governamentais resulta em um contínuo ataque ao sistema

32 A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) foi criada na data de 05 de dezembro de 1967, mediante Lei nº 5371, se tornando o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro estando vinculado ao Ministério dos Povos Indígenas. É de responsabilidade da Funai desenvolver estudos de identificação, demarcação, delimitação e regulamentação fundiária e o registro de terras ocupadas pelos povos indígenas, bem como fomentar políticas de proteção aos povos isolados. Conforme breve definição de: A Funai. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/Institucional>>.

33 Ao justificar a medida, a Funai asseverou que o direito constitucional de propriedade dos não indígenas é uma “cláusula pétrea” cuja “indevida restrição” vinha ocasionando condenações judiciais desfavoráveis à autarquia. “Esse tipo de conta é quitada por todos os brasileiros”, redigiu em nota no site oficial. Há uma autêntica política de devastação do território indígena para transferência ao setor privado que almeja auferir lucro. Portanto, trata-se de uma dimensão do estado de exceção. Sendo obrigação do Estado garantir que seja exclusivo o usufruto de territórios ocupados por indígenas por eles mesmos, independentemente da etapa em que estão, conforme preceitua Carla Cetina, assessora jurídica do Cimi.

de garantias fundamentais, com comunidades inteiras sendo alvo de transgressões.³⁴

3.2 MINERAÇÃO ILEGAL

Foi mapeado pelo Instituto Igarapé uma rede de atividades ilícitas associadas aos crimes ambientais que poluem e desmatam a Amazônia. Conforme a notícia, foram escrutinadas 369 operações com a participação da Polícia Federal (PF) na Amazônia Legal entre 2016 e 2021³⁵. A faceta mais evidente da atuação reside em atividades que degradam diretamente a floresta, tais como a extração ilegal de madeira, o garimpo clandestino, a usurpação de terras públicas e a agropecuária. Segundo a pesquisa, metade das operações analisadas está vinculada a associações ou organizações criminosas. Aproximadamente um terço das ações estão vinculadas a crimes violentos contra indivíduos,

34 A respeito disso um acampamento organizado pelos Povos Indígenas da Bahia ocorreu durante aproximadamente cinco dias em Salvador, onde representantes de diversas comunidades indígenas se reuniram para apresentar as demandas dos numerosos territórios participantes. É crucial destacar que as reivindicações expostas são de natureza histórica, com esses povos lutando por muitos anos. As demandas abrangem melhores condições de saúde, educação e a implementação de projetos destinados ao desenvolvimento coletivo. Os pedidos dos cidadãos são queixas históricas que permanecem sem solução. O governo Bolsonaro foi um dos principais atores no avanço dos processos de precarização da qualidade de vida e violações de direitos ocorridos nos últimos anos, no âmbito da defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais dos povos indígenas. Atualmente, o Ministério dos Povos Indígenas foi estabelecido pelo governo eleito, mas é crucial assegurar a autonomia necessária para atuar na proteção desses povos, ao invés dos interesses de diversas figuras influentes, como o capital financeiro. acampamento dos povos indígenas reivindica demandas antigas das comunidades Data de Publicação: 29/04/2022 Link de Acesso: <https://www.brasildefato.com.br/2022/04/29/baacampamento-dos-povos-indigenas-reivindicademandas-antig>

35 A leitura do artigo “O ecossistema do crime ambiental na Amazônia: uma análise das economias ilícitas da floresta”, lançado em fevereiro de 2022 pelo Instituto Igarapé, é ideal pois como reforça Melina Rizzo, diretora de Pesquisa do Instituto Igarapé. “O lócus do crime ambiental é a Amazônia Legal que acaba sofrendo os impactos sociais, econômicos e ambientais. Porém, os desdobramentos ultrapassam suas fronteiras. Atividades criminosas em diferentes estados brasileiros e países sul americanos participam dessa cadeia de ilicitudes amazônica”. Podendo ser acessado em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2022/07/2022-07-AE-territorios-e-caminho-do-crime-ambiental-amazonia-brasileira.pdf>

trabalho escravo, tráfico de entorpecentes ou posse de armamentos, munições e explosivos. A extração de ouro foi a atividade que mais se associou a delitos tributários, lavagem de capitais e outros crimes ambientais, como a poluição. Atos de corrupção e lavagem de dinheiro estão presentes em aproximadamente 20% das operações.³⁶

A mineração, é definida pela Organização das Nações Unidas, como processo de extração, elaboração e beneficiamento de minerais encontrados no estado natural sólido (Por exemplo: carvão, petróleo e gás natural). Sendo uma das atividades econômicas mais antigas do Brasil, com oportunidades de desenvolvimento tanto na superfície quanto em área subterrânea. Apesar de seus benefícios econômicos, a mineração tem uma série de consequências negativas para a sociedade e viola os direitos individuais e coletivos. Nesse ponto fundamental, Maria Amélia Enríquez, introdutoriamente, estima que:

Consciente ou inconscientemente, o consumo de bens minerais está presente em quase todos os setores da vida moderna: de insumos para agricultura até os sofisticados materiais para indústria eletroeletrônica; de bens de consumo aos grandes equipamentos industriais; da produção de medicamentos e cosméticos até a indústria aeroespacial, entre tantos outros usos. Não obstante a sua importância histórica e atual, há muita polêmica quanto ao efetivo papel da mineração para o desenvolvimento dos espaços territoriais onde ela ocorre (Enríquez, 2008, p.25)

36 Segundo o perito criminal Erich Adam, do núcleo de gestão estratégica da Dicor (Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado) da Polícia Federal “hoje há organizações criminosas que detêm poder econômico e logístico de ter na mão toda a cadeia do ouro, desde o momento em que está no garimpo até joalherias na Europa e nos Estados Unidos”. Assim há uma facilitação brasileira ao processo de lavagem de dinheiro com a comercialização de ouro ilegal. Para mais informações: Ferreira, F., & Maisonnave, F. (2021, Abril 5). Regras frouxas e órgão sucateado dificultam combate à corrupção e lavagem na cadeia do ouro. Folha de São Paulo [SP]. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/regras-frouxas-e-orgao-sucateado-dificultam-combate-acorrupcao-e-lavagem-na-cadeia-do-ouro.shtml>

Em concordância ao entendimento de Lewis Jr à respeito da área financeira, os países abundantes em recursos minerais não possuem “vantagens”, mas sim “problemas” para alcançar o progresso econômico, visto que abundância da mineração prejudica o desempenho de outras atividades. Assim as comunidades afetadas pela presença de mineradoras têm determinada tendência, como: as empresas se instalam com promessas de emprego e de progresso socioeconômico da região, mas após um curto período de tempo, tem-se o surgimento de inúmeros impactos negativos de ordem cultural, social e ambiental, relacionados à uma conduta governamental, seja de omissão (falta de fiscalização rigorosa e isenta de órgãos governamentais) ou de ação (interesse crescente do Poder Público em investir na mineração de maneira desenfreada, considerando, por exemplo, a arrecadação tributária).

Destacando que a mineração é considerada atividade econômica com menos cuidados no que se refere delimitação de problemas ambientais. Segundo Penna, este tipo de descaso é encorajado pela distância entre os centros urbanos e os indivíduos conscientes dos danos possíveis provenientes do exercício das mineradoras. Os problemas mais frequentes em tal contexto são o aumento de doenças respiratórias nas comunidades locais, a poluição sonora e a morte por acidente de trabalho. Relativamente aos danos ambientais, alguns exemplos incluem: (i) a destruição da fauna e flora local; (ii) a erosão do solo, o que torna difícil ou impossível a sua utilização para fins agrícolas; (iii) contaminação do solo e do lençol freático; (iv) poluição do ar; e (v) alimentos contaminados.

A mineração extensiva e desregrada retoma a questão atrelada às definições de racismo ambiental³⁷, uma vez que tal atividade

37 A extensiva explanação a respeito de racismo ambiental, é de relevância pois aqui a abordagem feita por Iara Tatiana Bonin, Doutora e mestre em educação, que desenvolve projeto de pesquisa sobre temática indígena. Em que delimita breve e claramente que “Sob as bases do pensamento racista parecem aceitável a precarização das condições de vida e a morte de alguns para assegurar as condições de vida de outros. Tem-se, portanto, um modo de funcionamento do racismo que não diz respeito somente à prática de assassinato e de extermínio direto, mas também ao ato de expor certos grupos ao perigo e de multiplicar os riscos para suas vidas.” podendo ser feita uma

avança principalmente, em unidades de preservação ambiental e em áreas habitadas por povos indígenas, de maneira condicionada a atingir desproporcionalmente os que ali residem. Associado ao que ocorre, a tendência de sufocamento cultural, atingindo modos de vida, organização e os processos históricos de resistência dessas comunidades. Já que, essas comunidades têm uma conexão profunda com a natureza e dependem dos recursos naturais para sua subsistência e práticas tradicionais.

A constante da expansão do garimpo ilegal nas últimas décadas tem seu efeito devido o relaxamento dos órgãos de fiscalização e controle ambiental, além da persistência de impunidade em relação à extração ilegal do ouro. Aliando-se a isso uma elevação ao valor do ouro em mercado internacional e a forte influência de lideranças políticas. Embora seja proibida por lei desde o Estatuto do Índio de 1973 e pelo artigo 231 da Constituição Federal, a atividade de garimpo continua a se expandir sobre as Terras Indígenas (TIs) na Amazônia. As principais áreas de concentração do garimpo ilegal são: TI Yanomami (em Roraima e Amazonas), TI Sararé e TI Paukalirajausu (ambas dos Nambiquaras, em Mato Grosso), TI Baú e TI Menkragnoti (dos Kayapós, no Pará), TI Sai-Cinza e outras terras dos Mundurucus, Kayabis e Apiakás (em Mato Grosso e Pará).¹⁸

As terras indígenas Yanomami tem sofrido nos últimos anos³⁸, com a persistência do garimpo ilegal, as consequências da mineração

leitura mais aprofundada do artigo “As faces do racismo contra povos indígenas no Brasil” : relatório-violencia-povos-indigenas-2020-cimi-1.pdf

38 Como indicação que trará uma maior clareza a respeito do que ocorre, o documentário “O Rastro do Garimpo” retrata o crescimento da mineração ilegal em Roraima, especialmente a partir de 2017, e destaca o trabalho do Ministério Público Federal (MPF) tanto na esfera judicial quanto extrajudicial para proteger os povos Yanomami. Foi produzido pela Secretaria de Comunicação do MPF, o curta-metragem, com 20 minutos de duração, filmado na aldeia indígena de Surucucu, em fevereiro de 2023. Nos depoimentos registrados, a omissão do Estado e a ausência de políticas públicas eficazes são apontadas como causas da grave crise sanitária enfrentada pelos Yanomami. A denúncia ocorreu através da divulgação da investigação feita pelo MPF em parceria com a Polícia Federal em 2022, a operação YOASI, de um esquema que teria desviado inúmeros medicamentos que seriam enviados à terra Yanomami. Disponível em: https://youtu.be/kXC08YNhRCk?si=OzsHW5cmQR_ypHIF

incluem o desmatamento intenso, que abarca também áreas protegidas por legislações ambientais, sendo o uso indiscriminado de recursos hídricos contribuinte para a contaminação do solo e das reservas de água, assim promovendo complicação para a realização de atividades familiares.³⁹

Cabe salientar que o frequente contato com o metal usado no garimpo é neurotóxico e pode causar danos graves e permanentes, como problemas cognitivos e motores, perda de visão, além de afetar os rins, o coração e o sistema reprodutor. Gibb e O’Leary (2014) destaca ainda dados que 37% de mercúrio emitido globalmente provém de garimpagem de forma manual. Corroborando com a tese de que o problema não é novidade, em 2016, através de estudos feitos pela FIOCRUZ comprovaram que povos indígenas situados em regiões de proximidade aos garimpos do rio Uraricoera demonstraram elevados índices de contaminação por mercúrio, principalmente na forma de metilmercúrio, o qual proporciona danos graves à saúde.

Em relatório publicado em abril de 2022, intitulado por “Yanomami Sob Ataque”, através da Hutukara Associação Yanomami, em que são exibidas trajetória e consequências do crescimento do garimpo ilegal e sua trajetória ascendente desde 2016. Cálculos demonstraram que o garimpo nas Terras Indígenas Yanomami cresceu 3350% de 2016 à 2020. “À medida que os núcleos garimpeiros ilegais se proliferam e crescem nas diferentes regiões da terra indígena, as comunidades vizinhas sentem a perda do ‘controle’ sobre o seu espaço de vida”, adverte o relatório.

39 Interessante assistir o Documentário realizado pela UFPE em busca das causas e soluções para esse problema relacionados ao garimpo, mais especificamente aos efeitos danosos à saúde dos povos expostos aos, dejetos um destaque nutricional. Diálogo com os professores Renato Athias, do Departamento de Antropologia e Museologia da UFPE, Haroldo Monteiro, do Departamento de Geologia da UFPE, e Fernanda Tavares, do Departamento de Nutrição da UFPE. Destaque para a fala do professor Renato Athias “Tem que ter uma avaliação geral, não só do estado nutricional e da parte de recuperação nutricional, mas em outros processos patológicos aquele indivíduo tem [...] garantir que entre apoio para que médicos enfermeiros e trabalhadores da Saúde possam entrar na área” UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE. O Caso Yanomami | Documenta UFPE. Disponível em: <https://youtu.be/qmKsGmDBKR8?si=XLdMwpC2n87PCGO_>. Acesso em: 11 jun. 2024.

É necessário apreciar que toda alteração do homem à estabilidade ecológica, retorna consequências a longo prazo, consoantes à impactos ambientais, econômicos e políticos. Assim, o resultado e método de reduzir tais impactos podem ser as Resoluções do CONAMA, em conformidade com o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da precaução e o princípio da prevenção, estabelecem uma série de medidas e exigências para a instalação e operação de empreendimentos com potencial para causar danos ambientais significativos.

No setor de mineração, sobressaem-se, por exemplo, a condução de audiências públicas (onde tais atividades são implantadas) e estudos de impactos ambientais (EIA), possibilitando a gestão ambiental com mínimas perdas na biodiversidade, nos recursos hídricos e na vida, especialmente das comunidades locais.

No contexto da jurisprudência ambiental, a Lei nº 9.605/1998, denominada Lei de Crimes Ambientais, estabelece penalidades penais e administrativas para as atividades que ocasionam prejuízos ao ecossistema, incluindo a exploração clandestina. Ademais, a Lei nº 12.651/2012, que promulgou o recente Estatuto Arbóreo, estipula diretrizes abrangentes acerca da tutela dos bosques e outras formas de flora.

Consoante o preceito 225 da Constituição Federal de 1988, o direito ao ambiente equilibrado ecologicamente e a uma qualidade de vida salubre constitui um bem comunal e sob tutela estatal. Ademais, subsiste o imperativo legal, consagrado na Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 (e regulamentado pelo Decreto 99.274/90), de indenizar danos ambientais, englobando os danos acarretados por atividades extrativistas.

A carência de comunicação com as comunidades indígenas e a inexistência de medidas eficazes de atenuação apenas exacerbam tais adversidades.⁴⁰ Tal desiderato pode ser alcançado mediante a

40 No decurso dos anos de 2019 a 2022, o ex-presidente Jair Bolsonaro promoveu uma série de medidas que enfraqueceram a proteção das terras indígenas e dos povos originários. Foram abolidas instituições de tutela ambiental e direitos indígenas (como

implementação de políticas públicas mais inclusivas e transparentes, que assegurem a participação das comunidades no escrutínio decisório e que estipulem medidas apropriadas de resguardo ambiental e de ressarcimento pelos impactos adversos decorrentes da atividade mineradora.

Dessa forma, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também sublinha a imperiosidade da prévia, livre e informada interpelação às comunidades quilombolas antecedentes à implementação da atividade mineradora, uma prerrogativa que, frequentemente, não é acatada. Torna-se ainda imprescindível a observância do Código Florestal, do Código de Mineração e da Legislação Nacional de Proteção à Fauna, marcos normativos relevantes à salvaguarda jurídica do meio ambiente e mecanismos de contenção da desmedida expansão das operações extrativistas.

Milanêz, Hogan e Molina (2019) salientam que as políticas governamentais concernentes aos direitos de povos tradicionais no Brasil frequentemente são desconsideradas ou mal implementadas, acarretando violações recorrentes desses direitos. Ademais, a ausência de vigilância e supervisão também por parte do Estado possibilitou a exploração clandestina de mão de obra em condições precárias e a transgressão dos direitos humanos, abrangendo inclusive a exploração sexual de mulheres e crianças.

Em momento posterior às eleições de 2023, foi realizada a promulgação da Portaria nº 20, em que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) estabeleceu a Sala de Situação e Controle da Terra Indígena Yanomami, com o propósito de coordenar, planejar e monitorar as iniciativas de

o IBAMA e o ICMBio, e a extinção da FUNAI como órgão autônomo de proteção aos direitos indígenas, passando a ser vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), além do estímulo do governo brasileiro à franca exploração das terras indígenas. Somente em 2021, testemunhou-se a mais ampla ampliação da operação extrativista em três décadas e seis anos. Assim interessante acessar e ler alguns feitos do ex-presidente: MARCELA, L. et al. GOVERNO BOLSONARO: IMPACTOS DO CONTEXTO POLÍTICO ATUAL NO ENSINO SUPERIOR INTERCULTURAL **1 2 1 2**. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/4429/3608>>. Acesso em: 11 jun. 2024.

enfrentamento ao garimpo clandestino. Bem como o Decreto nº 11.405, datado de 30 de janeiro de 2023, que também enumera as entidades competentes e suas incumbências para reprimir a exploração aurífera clandestina no Território Yanomami, Decreto este que dispõe em seu Art. 1º:

Para enfrentamento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional em decorrência de desassistência à população Yanomami e combate ao garimpo ilegal, ficam os Ministros de Estado da Defesa, da Saúde, Desenvolvimento Social e Assistência Social, Família e Combate à Fome e dos Povos Indígenas autorizados a efetuar as requisições de bens, servidores e serviços necessários: I - ao transporte de equipes de segurança, de saúde e de assistência; II - ao abastecimento de água potável, à alocação de cisternas e à perfuração de poços artesianos; III - ao fornecimento de alimentos relacionados com a cultura, as crenças e as tradições indígenas; IV - ao fornecimento de vestuário, de calçados e outros gêneros semelhantes; e V - à abertura ou à reabertura de postos de apoio da Fundação Nacional dos Povos Indígenas - Funai e de unidades básicas de saúde do Ministério da Saúde. Parágrafo único. Na hipótese de ser necessário o uso de propriedade particular, caberá indenização, na forma prevista no inciso XXV do caput do art. 5º da Constituição, observado o disposto na legislação (Brasil, Decreto nº 11.405, 2023)

Por esse prisma, Beatriz Souza Costa e Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p.32), ressaltam que “O Princípio da Dignidade Humana sem um ambiente ecologicamente equilibrado não é possível, assim como proteger esse meio ambiente é fundamental.” Portanto, é necessário que, antecipadamente, haja formas de prevenção aos impactos provenientes da atividade mineradora, procurando minimizar os efeitos negativos para a população e para o meio

ambiente em sua volta, posto que trata-se de atividade econômica pouco atenta aos danos gerados por suas ações.

3.3 CONSEQUÊNCIAS EXPLORATÓRIAS

O isolamento de povos que vivem em terras indígenas é latente, a partir da dificuldade em deter alimentos, atendimento médico, água tratada. Assim verificado resultado dos eventos de seca no Norte e as enchentes do sul à esse isolamento, uma vez que são responsáveis pela deterioração de moradias, redução de renda familiar, por impossibilitar a mobilidade e a comunicação dessas comunidades com o exterior.

Validar a integração dos povos indígenas, não significa negar seu modo de vida e sua cultura, ou erradicar aldeias e Forçá-los a viver na cidade junto a “civilização”. É adequar os serviços essenciais às necessidades reais. Conforme o líder Caimi Waiassé Xavante (2018, p.22), da terra indígena Pimentel Barbosa, em Mato Grosso, em um texto para a publicação “Mudanças climáticas e percepção indígena”, sua comunidade mantém uma conexão profunda “com todos os elementos da natureza” ao seu redor:

Nossa vida e nossos ritos de passagem e de iniciação estão interligados com ela [a natureza] desde a primeira respiração até o nosso último suspiro. [...] Para sonharmos nossos cantos e termos sabedoria para compreendermos as respostas para nossas dúvidas e problemas devemos nos alimentar de espécies vindas dos nossos ecossistemas [...] Nossa saúde mental, física e espiritual está interligada com o que nos cerca, com a forma como nos alimentamos e levamos nossa vida em cada momento. Mas isso tudo vem sofrendo mudanças (Waiassé, 2018, p.22)

Em outubro de 2023, o noticiário brasileiro revelou um cenário catastrófico, com eventos climáticos extremos em diversas regiões.

No norte do país, desde agosto, as principais bacias hidrográficas da Amazônia, como Aripuaã, Beni, Branco, Coari, Guaporé, Içá, Japurá, Javari, Ji-Paraná, Juruá, Jutaí, Madeira, Mamoré, Marañon, Napo, Purus, Negro, Solimões, Tefé e Ucayali, registraram os menores índices fluviais dos últimos 40 anos. O rio Solimões, especificamente, apresentou a pior capacidade hidrográfica desde o início dos registros, há 121 anos.⁴¹

Embora os períodos de estiagem façam parte do ciclo climático da Amazônia, a seca de 2023, causada pela baixa densidade de chuvas, afetou drasticamente a vida de milhares de famílias, especialmente no estado do Amazonas. Segundo a Defesa Civil, essa seca histórica impacta os 62 municípios amazonenses, deixando 598 mil pessoas, principalmente indígenas e ribeirinhas, em condições difíceis.⁴²

41 As informações provêm do monitoramento efetuado pelo Serviço Geológico do Brasil (SGB) e estão acessíveis no Boletim de Monitoramento Hidrológico da Bacia do Amazonas. Segundo os dados, uma nova mínima histórica foi atingida nesta quinta-feira (19) no Rio Amazonas, em Itacoatiara, com 90 centímetros. Na estação de Manacapuru, o Rio Solimões atingiu 3,61 metros, o menor nível registrado, ultrapassando a marca de 3,92 metros observada em 2010. Podendo ser acessado dados atuais, em: <https://www.sgb.gov.br/publique/Hidrologia/Eventos-Criticos/Bacia-Amazonica-2023%7C2024-8328.html>

42 Segundo a Defesa Civil, a seca histórica afetou os 62 municípios do Amazonas, impactando 598 mil pessoas, principalmente indígenas e ribeirinhos. Sessenta e quatro comunidades indígenas ficaram isoladas, sem acesso a transporte, combustível, alimentos, água potável e escolas, enquanto suas fontes de renda, como turismo, agricultura, extrativismo, pesca e comércio, encontraram-se comprometidas. A saúde dos moradores restou-se em risco devido ao consumo de água insalubre. A organização Apiam pediu ao governo que declarasse emergência climática. Simultaneamente, chuvas intensas no Sul do Brasil alagaram cidades e desabrigaram milhares. Em Santa Catarina, a região do Vale do Itajaí, que abriga povos indígenas como Ibirama-Klaño, Xokleng, Guarani e Kaingang, foi gravemente afetada. Com o rio Itajaí-Açu subindo, muitas comunidades ficaram isoladas, perderam casas e pertences, e enfrentam falta de suprimentos e dificuldades de acesso a atendimento médico. A previsão no período de 2023 foi de seca no norte até dezembro e chuvas acima da média no sul até novembro, demonstrando a má distribuição das chuvas e a negligência estrutural sofrida pelos povos originários, agravada pela ausência de políticas públicas concretas e inclusivas. Conforme dados que podem ser acessados por: <https://www.tempo.com/noticias/actualidade/indigenas-do-amazonas-pedem-que-bhttps://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2023/10/23/seca-deixa-ribeirin> <https://fastcompanybrasil.com/impacto/seca-na-amazonia-atinge-comunidades-rib> <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2023/10/12/chuva-intensa-deixa-cidadehttps://www.manaus.am.gov.br/noticias/assistencia/operacao-estiagem-baixo-ama>

Na pior hipótese, indivíduos que não têm para onde ir, agarram-se ao pouco que restou, ainda com o perigo de agravamento de desastres na região. De acordo com o cacique do povo Xokleng, Voia de Lima, não há lugar seguro nas aldeias, há falta de suprimentos básicos de alimentação e higiene, as crianças estão sem aulas e a obstrução de rotas de acesso dificultam a obtenção de atendimento médico.

É preciso mais que medidas de contingenciamento e as possibilidades são inúmeras. Significa criar políticas concretas a longo prazo, não apenas quando desastres acontecem. No entanto, é necessário salientar que não é falta de vontade política o problema da persistência dessa situação. Pelo contrário, é justamente por causa da vontade política, de grupos de interesse e lobbies no governo, que as coisas permanecem como estão.

Assim, o reconhecimento da importância da floresta Amazônica, como um dos principais reguladores do clima planetário, com a salvaguarda da floresta amazônica e a tutela dos direitos dos povos indígenas, abarcando a batalha contra a mineração clandestina nas terras Yanomami, devendo ser encaradas como uma incumbência de caráter global. Cumpre salientar ainda a relevância da cooperação internacional, exemplificada pela instauração da Agenda 2030, a qual consagrou o pacto entre 193 nações, convocadas pelas Nações Unidas, visando estabelecer um plano de sustentabilidade a ser atingido até o término do ano de 2030.⁴³

Logo, essa proclamação abarca 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas a serem atingidas. De maneira integral, tem como primordial fomentar o desenvolvimento sustentável, assegurando a salvaguarda do meio ambiente e o fomento dos direitos humanos. Tais objetivos e metas devem ser aplicados para propugnar

43 “Estamos determinados a proteger o planeta da degradação, sobretudo por meio do consumo e da produção sustentáveis, da gestão sustentável dos seus recursos naturais e tomando medidas urgentes sobre a mudança climática, para que ele possa suportar as necessidades das gerações presentes e futuras”, diz um dos trechos do documento da Agenda 2030 da ONU publicado em seu site oficial, reforçando a importância do tema da mudança do clima com seus objetivos gerais.

pela proteção dos territórios, a preservação ambiental e a garantia dos direitos dos povos indígenas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho explorou as complexas interseções entre meio ambiente, impacto socioambiental, justiça ambiental e vulnerabilidade, com um foco específico nas comunidades indígenas. Os temas abordados destacam a urgência de uma abordagem mais densa e interdisciplinar para compreender e mitigar as diversas formas de desigualdade e injustiça que marcam o cenário ambiental contemporâneo.

Primeiramente, a dimensão do meio ambiente foi analisada como um componente essencial para a qualidade de vida e a sustentabilidade. Sendo reconhecido que a degradação ambiental não afeta apenas os ecossistemas, mas também as comunidades humanas que deles dependem. A análise de casos em comunidades indígenas revelou como práticas extrativistas, desmatamento e outros processos destrutivos ameaçam não apenas o meio ambiente, mas também a cultura, a saúde e a sobrevivência dessas populações.

O impacto socioambiental foi discutido à luz das consequências adversas que as atividades humanas podem ter sobre as comunidades vulneráveis. A exploração desenfreada dos recursos naturais e a falta de políticas públicas efetivas resultam em sérios desequilíbrios, expondo essas comunidades a riscos elevados e comprometendo seu bem-estar.

A justiça ambiental enfatiza que todos os indivíduos, independentemente de sua origem étnica, econômica ou social, têm direito a um ambiente saudável e seguro. No contexto brasileiro, a justiça ambiental é particularmente relevante, considerando a histórica marginalização das comunidades indígenas e outras populações vulneráveis. A busca por justiça ambiental implica não apenas na redistribuição equitativa dos benefícios e ônus ambientais,

mas também na participação ativa dessas comunidades na tomada de decisões que afetam suas vidas e territórios.

O conceito de vulnerabilidade foi explorado em suas múltiplas dimensões, evidenciando como fatores sociais, econômicos e ambientais interagem para criar situações de fragilidade. As comunidades indígenas, frequentemente localizadas em regiões de alto valor ecológico, são especialmente vulneráveis às mudanças ambientais e às políticas de desenvolvimento que não consideram suas necessidades e direitos. A vulnerabilidade não deve ser vista apenas como uma condição passiva, mas também como uma chamada à ação para fortalecer a resiliência e a capacidade de adaptação dessas comunidades.

Garantir os direitos dos povos indígenas não é apenas uma questão de justiça histórica, mas também uma forma de promover o pluralismo e a diversidade cultural como valores fundamentais da humanidade.

Em síntese, as políticas públicas e as iniciativas de desenvolvimento devem ser desenhadas e implementadas com uma abordagem participativa, garantindo que as vozes das comunidades indígenas e outras populações vulneráveis sejam ouvidas e respeitadas. Somente assim será possível avançar rumo a um futuro mais justo, equitativo e sustentável, onde o meio ambiente seja protegido e todos os indivíduos possam desfrutar de uma vida digna e saudável.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira**. Revista Brasileira de Direito, Ano 02, vol. 03, jul.-dez/2012.

ALBUQUERQUE, Antonio Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

BALLESTRIN, L. **América Latina e o giro decolonial**. Revista Brasileira de Ciência Política. 2013.

BRAGATO, Fernanda. **Raízes históricas dos direitos humanos na conquista da América: o protagonismo de Bartolomé de Las Casas e da Escola de Salamanca**. Revista Online do Instituto Humanitas Unisinos (IHU). São Leopoldo, ed. n° 487, 13 de junho de 2016. Disponível em <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/6495-fernanda-bragato-2>. Acesso em: 12 de out. 2024.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume II – **Textos temáticos. Violações de direitos humanos dos povos indígenas**. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acesso em: 05 set. 2024.

BRASIL. **Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA**. Resolução n 001, de 23 de janeiro de 1986.

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

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº. 6.938/81. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.** Disponível em: www.planalto.gov.br. BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.html. Acesso em: 24 de jul. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil.** São Paulo: Revista de Processo, 1977.

Cf. BECK, U. **From Industrial to Risk Society: questions of survival, social structure and ecological enlightenment.** Theory, Culture & Society v.9, 1992

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **A violência contra os povos indígenas no Brasil.** Dados de 2023. Brasília: CIMI, 2024.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **A violência contra os povos indígenas no Brasil.** Dados de 2021. Brasília: CIMI, 2021.

COSTA, Beatriz Souza; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Tutela jurídica dos recursos ambientais minerais vinculada ao conceito democrático de segurança nacional.** Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Direitos dos povos indígenas em disputa.** São Paulo: Unesp, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 2003.

DELFINO, Marco Antonio. **Super-representação dos kaiowá e guarani no sistema penitenciário: um pedaço da Austrália em Mato**

Grosso do Sul. Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil. São Leopoldo/RS: Karywa. 2020.

ENRÍQUEZ, Maria Amélia. **Mineração: maldição ou dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira.** São Paulo: Signus, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado: aspectos da “privatização” da família no projeto do “Estado Mínimo”. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho (org.). Direito e neoliberalismo. Curitiba: Edibej, 1996. FIORILLO, Celso A. **O bem ambiental pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem, a contribuição dada pela doutrina italiana e a posição do Supremo Tribunal Federal em face do HC 89.878/10.** Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 1, n. 1, p. 11-46, 2011.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental.** São Paulo, Atlas, 2011. Justine Thornton e Silas Beckwith, Environmental Law, London: Sweet e Maxwell, 1997, p.2.

Justine Thornton e Silas Beckwith, **Environmental Law.** London: Sweet e Maxwell, 1997, p.2.

KEULY, A.; BEZERRA, L. JUSTIÇA AMBIENTAL: **História e desafios** ENVIRONMENTAL JUSTICE: History and challenges. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <https://sinespp.ufpi.br/2018/upload/anais/MTM3.pdf?112548>. Acesso em: 05 de mai. 2024.

KILOMBA, Grada. **Plantation memories: Episodes of everyday racism.** (2nd ed.). Münster: UNRAST Verlag, 2008.

KRENAK, Ailton. Ailton Krenak: **“A Terra pode nos deixar para trás e seguir o seu caminho”.** Entrevista concedida a Anna Ortega. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Jornal da Universidade. LEWIS JUNIOR, Stephen. Development problems of the mineral-rich

countries. In: SYRQUIN, Moshe; TAYLOR, Lance; WESTPHAL, Larry E. (Eds). Economic structure and performance: essays in the honor of Hollis B. Chenery. Orlando: Academic Press, 1984.

MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). **Direito ambiental: direito ambiental internacional e temas atuais**. São Paulo: RT, 2011. p. 1063. Ambos participaram de vários grupos de trabalho, cabendo a sistematização, redação final e das "Justificativas" à Georgette N. Nazo.

MACHADO, P. A. L. **Legislation and incentives for environmental protection**. Conference Interplanetary On Environmet, NAIROBI - KENYA, p. 2-2, 1984

MACEDO, T. et al. **ANÁLISE DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA HUMANA**. AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN ENVIRONMENTAL LAW FROM THE HUMAN SECURITY PERSPECTIVE. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64a7157cf3932bf7>. Acesso em: 04 de abril de 2024.

MARCELA, L. et al. **GOVERNO BOLSONARO: IMPACTOS DO CONTEXTO POLÍTICO ATUAL NO ENSINO SUPERIOR INTERCULTURAL** 1 2 1 2. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/4429/3608>. Acesso em: 15 de out. 2024.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. In: MILARÉ, Édís (coord.). A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 363-374.

NABACK, Clarissa; GUIMARÃES, Virgínia Totti. **Disputas em torno da moradia e do meio ambiente na região da Barra da Tijuca: os casos da Vila Autódromo e do Campo de Golfe Olímpico.** In: XVIII ENANPUR Encontro Nacional da Associação Nacional de PósGraduação e Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional, 2017, São Paulo. Desenvolvimento, Crise e Resistência: quais os caminhos do planejamento urbano e regional? São Paulo: FAUUSP, 2017. v. 1.

PACHECO, T., and FAUSTINO, C. **A Iniludível e Desumana Prevalência do Racismo Ambiental nos Conflitos do Mapa.** In: PORTO, M.F., PACHECO, T., and LEROY, J.P., comps. Injustiça ambiental e saúde no Brasil: o Mapa de Conflitos [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013, pp. 73-114. ISBN 978-85-7541-576-4. <https://doi.org/10.7476/9788575415764.0004>. Acesso em: 23 de jul. 2024.

MACHDO, Paulo affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro,** São Paulo: Malheiros. 2005.

PENNA, Carlos Gabaglia. **Efeitos da mineração no meio ambiente.** Disponível em: <https://oeco.org.br/colunas/20837-efeitos-da-mineracao-no-meio-ambiente/>. Acesso em: 15 de dez. 2024.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. **Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil.** Revista Direito e Práxis, v. 8, n. 4, p. 2708-2740, dez. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/24631>. Acesso em: 15 de out. 2024.

Piaget, J. 1946 **Le développement de la notion de temps chez l'enfant,** Presses Universitaires de France, Paris.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

OLIVEIRA, Cristiane. **Povos Indígenas: conheça os direitos previstos na Constituição**, abril de 2017. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenas-conheca-os-direitos-previstos-na-constituicao>>. Acesso em: 15 de out. 2024.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 15 dez. 2024.

ONU. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano**, 1972. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>. Acesso em 15 dez. 2024.

ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, 1992. Disponível em: https://www5.pucsp.br/ecopolitica/projetos_fluxos/doc_principais_ecopolitica/Declaracao_rio_1992.pdf. Acesso em 15 dez. 2024.

QUIJANO, Aníbal 2000 **Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina** em Lander, Edgardo (org.) La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas (Buenos Aires: CLACSO/UNESCO).

RODRIGUES, E.T. **Identidade e territorialidade étnica em face da judicialização de conflito**. Vivência: Revista de Antropologia, v.1, n.62, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/33059>. Acesso em: 20 mai. 2024.

SAMPAIO, R. **Direito Ambiental**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

SANDS, Philippe. **Principles of International Environmental Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SANTANA JUNIOR, Jaime Ribeiro de. **Produção e Reprodução Indígena: o vir e o porvir na Reserva de Dourados**. São Paulo: Campo-Território: revista de geografia agrária, 2010.

SANTILLI, Juliana. **Os 'novos' direitos socioambientais**. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. Ano VI, n. 9. Porto Alegre: Ed. PUC-RS, novembro 2006.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O sequestro da Independência**. Revista USP, n. abr./maio/ju 2022, p. 13-32, 2022Tradução. Disponível em: https://biblio.fflch.usp.br/Schwarcz_LM_3138655_OSequestroDaIndependencia.pdf. SÉGUIM, E. **Direito ambiental: nossa casa planetária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Brasil: uma biografia**. . São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos F. M. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

SUCHANEK, Márcia Gomes O. **Povos indígenas no Brasil: de escravos à tutelados. Uma difícil reconquista da liberdade**. Confluências, v.12, n.1, p.240-274, 2012. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34240>. Acesso em: 01 ago. 2024.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba:
Juruá Editora, 2009.

A INEFICIÊNCIA DO ESTADO E O ESCAPISMO DA SAÚDE SUPLEMENTAR COMO OBSTÁCULOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

*Jaqueline Andrade Gomes*⁴⁴

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁴⁵

RESUMO

O presente estudo apresenta uma análise crítica relacionada à efetivação do Direito à Saúde no Brasil, o qual compõe o núcleo mínimo para uma vida digna e possui natureza de direito fundamental por expressa previsão constitucional e infraconstitucional, normas responsáveis por delimitar o seu alcance universal e os responsáveis pela garantia e concretização da saúde, estabelecendo, dessa forma, um sistema de saúde híbrido, no qual tanto o Estado por meio de seus entes federados, quanto a iniciativa privada, prestam os serviços necessários à prevenção e reparação da saúde e, caso não o façam de forma eficiente e adequada, estarão desobedecendo as normas fundamentais e afrontando o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, após essa abordagem conceitual, analisa-se os principais entraves erguidos pela saúde pública e pela saúde suplementar que inviabilizam a concretização do direito à saúde, a primeiro sob a égide da reserva do possível e a segunda se utiliza das cláusulas contratuais de seus Contratos de Adesão e das omissões da Agência Nacional de Saúde

44 Jaqueline Andrade Gomes, Graduanda do Curso de Direito da Universidade UNIEURO.

45 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia..

Suplementar para eximir-se de seu dever de concretização do direito à saúde de seus beneficiários, inviabilizando assim, cada um a seu modo, a efetivação do direito social e fundamental à saúde, o que provoca em contrapartida, o aumento na submissão de demandas que deveriam ser executadas e/ou fiscalizadas pelos poderes Executivo e Legislativo ao Poder Judiciário, por meio da judicialização da saúde, fenômeno controverso, uma vez que incita frequentes debates entre os operadores do direito e cientistas jurídicos, o qual é utilizado a fim de garantir o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais e aproximar o *dever-ser* do *ser*, concretizando não só o direito social e fundamental à saúde, como principalmente, o princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo de abordagem, organizado pelas técnicas de pesquisa bibliográfica, por meio da leitura de artigos científicos e textos doutrinários voltados ao direito à saúde e à judicialização da saúde e de análise documental, na qual se debruçou para examinar o quadro normativo do Brasil no que tange à disciplina do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Dignidade da pessoa humana; Saúde Pública; Saúde Suplementar; Judicialização.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o direito à saúde no Brasil, desde sua previsão na Carta Magna brasileira, a sua natureza e alcance, bem como aqueles designados pela Norma Constitucional responsáveis por garantir sua implementação, além de expor os principais desafios para sua concretização, seja no âmbito da saúde pública, seja no âmbito privado e a alternativa encontrada pelos indivíduos na defesa e proteção do referido direito: a judicialização.

Este projeto de pesquisa se justifica tendo em vista que já se passaram mais de três décadas desde a entrada em vigor da Carta Magna sem que um de seus princípios essenciais fosse efetivado, isto é, o direito à saúde como base para uma vida digna, o que tem

estimulado que milhares de brasileiros busquem cada vez mais a judicialização como solução para a negativa prestacional do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado no ramo da saúde, tendo por fim responder o seguinte problema de pesquisa: a judicialização é um meio idôneo para a concretização do direito à saúde no âmbito da saúde pública e suplementar?

Para tanto, a pesquisa possui como objetivo geral analisar os desafios para a concretização do direito social à saúde no cenário brasileiro e como objetivos específicos, busca examinar os principais entraves erguidos pelo rede pública de saúde e pela rede suplementar na garantia e efetivação desse direito, bem como a verificar a viabilidade da alternativa encontrada pelos brasileiros na obtenção do mesmo, qual seja, a judicialização.

Assim, com vistas a analisar o processo de efetivação do direito à saúde no Brasil, a presente pesquisa se subdivide em três seções. A primeira busca examinar o tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 no que tange ao direito à saúde, além de correlacionar o direito fundamental ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e discorrer sobre os responsáveis por garantir a sua promoção e garantia, sob pena de responsabilização em caso de desobediência.

A segunda dedica-se a analisar os entraves erguidos tanto pelo Estado no âmbito de sua atribuição de garantir o direito à saúde para todos e de forma igualitária (saúde pública), quanto pela iniciativa privada, no âmbito de sua atribuição de garantir o acesso à saúde de seus segurados (saúde suplementar).

Ao final, discorre sobre a alternativa encontrada pelos brasileiros na busca pela concretização do seu direito à saúde, qual seja, a judicialização, recorrendo ao Poder Judiciário como meio de garantia do mesmo, destacando a controvérsia que a medida suscita e os argumentos contrários e favoráveis a mesma.

Quanto à abordagem, é qualitativa posto que se preocupa em relacionar os resultados da pesquisa com a realidade brasileira, com relação aos objetivos, são exploratórios na medida em que busca expor os principais entraves à garantia do direito à saúde no Brasil,

e examinar a alternativa encontrava com vistas a obter a satisfação desse direito. O método adotado será o dedutivo, organizado pelas técnicas de pesquisa de análise bibliográfica, por meio da leitura de artigos científicos e textos doutrinários voltados ao direito à saúde e à judicialização da saúde e de análise documental, na qual se debruçou para examinar o quadro normativo do Brasil no que tange à disciplina do direito à saúde.

1. DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: DEVER DO ESTADO E O PAPEL DA INICIATIVA PRIVADA NA BUSCA POR SUA CONCRETIZAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recebeu a alcunha de Constituição Cidadã sem motivos, vez que traz em seu escopo direitos e garantias até então sequer mencionados nas constituições anteriores, bem como, amplia o alcance e a força daqueles anteriormente previstos, já em seu art. 1º, no inciso III, a Carta Magna brasileira prevê como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito a Dignidade da Pessoa Humana.

A qual pode ser definida como o respeito ao indivíduo pelo que ele é, implicando em um “núcleo mínimo” relacionado com a “preservação das integridades física e psicológica ínsitas a todo e qualquer ser humano” (CASTILHO, 2023, p. 214).

Sendo a dignidade da pessoa humana uma “qualidade que veda a submissão do homem a tratamentos degradantes e a situações em que inexistam ou sejam escassas as condições materiais mínimas para sua subsistência”. Ricardo dos Santos Castilho ainda destaca que essa qualidade possui duas dimensões, a negativa e positiva, a primeira constitui-se como o núcleo essencial que deve ser respeitado tanto pelo Estado como pelos particulares, a segunda por sua vez, assume o caráter prestacional sob a competência do Estado, o qual deverá promover políticas públicas voltadas à sua garantia (p. 228).

Com vistas a proceder à promoção da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna elencou em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais que se apresentam como verdadeiro desmembramento do referido princípio basilar, elencando direitos como a igualdade, a inviolabilidade do direito à vida, à segurança e à propriedade, dentre outros tantos previstos em seu art. 5º, além de elencar os direitos sociais, como o direito à saúde, alimentação, educação, trabalho e moradia, etc, e os direitos políticos, consubstanciado pelo direito de votar e de ser votado previstos nos arts. 6º e 14º respectivamente, além de inúmeras outras garantias fundamentais.

Flademir Jerônimo Belinati Martins entende que, ao elencar um longo catálogo de direitos fundamentais, a Constituição de 1988 buscou essencialmente concretizar a dignidade da pessoa humana, uma vez que a mera menção do referido princípio fundamental de nada serviria se a própria Carta Magna não garantisse um núcleo básico de direitos aos cidadãos (2023, p. 124).

O presente estudo, porém, diante do abastado rol, será restringido ao direito social à saúde, o qual a despeito de estar presente no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, possui uma seção exclusiva da Carta Magna para discorrer sobre ele, qual seja, o Título VIII, do Capítulo II, da Seção II, dando especial enfoque ao alcance do mesmo e à responsabilidade estatal de sua concretização, consoante se extrai do teor do art. 196:

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

O direito à saúde no Brasil é reconhecido como um direito fundamental, sendo consagrado na Constituição Federal de 1988. Essa previsão coloca a saúde como um dos pilares do Estado Democrático

de Direito, evidenciando a sua relevância para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Ao se debruçar sobre o teor do referido dispositivo, o atual ministro da Suprema Corte brasileira, Alexandre de Moraes (Atlas, 2024, p. 900) discorre ser, a saúde, direito de todos e dever do Estado, o qual garantirá por meio de políticas sociais e econômicas, “a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, devendo sua execução, ser feita diretamente pelo Estado (saúde pública) ou por meio de terceiros (saúde complementar) e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (saúde suplementar).

Constituindo-se, pois, o direito à saúde como um verdadeiro direito público-subjetivo, o qual, ainda possui as características próprias dos direitos fundamentais, dentre os quais a universalidade, tutelando todos os indivíduos, a historicidade, por ser fruto da esfera social e cultural, a indivisibilidade, diante da impossibilidade de sua compartimentalização, a inviolabilidade, vedando qualquer desrespeito por parte da administração pública.

Além de possuir como atributos a inalienabilidade e irrenunciabilidade, sendo indisponível e intransmissível, a complementariedade, por ver-se vinculado a outros princípios fundamentais, como o direito à vida, por exemplo, além da relatividade, uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto e, por fim, a efetividade, a qual determina que o Poder Público busque meios de efetivar e concretizar o direito à saúde, para que não acabe resultando em mera utopia (DOMINGOS; ROSA, 2019).

Dois anos após a vigência da Carta Magna, viria a ser promulgada a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, denominada como a Lei Orgânica da Saúde, responsável por discorrer sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços a ela correspondentes, além de outras providências necessárias, estabelecendo em seu art. 2º, *caput*, a natureza e a responsabilidade do Estado no que tange ao direito à saúde, *in verbis*:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Uma vez que, a mera menção presente na Constituição Federal quanto à garantia do direito à saúde por si só, não é suficiente para efetivá-lo, devendo o Estado Brasileiro, consoante se extrai do art. 23, inciso II, da Carta Magna, por meio da competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cuidar da saúde e assistência pública.

Contudo, engana-se quem acredita que o dever de garantia do direito à saúde restringe-se ao Estado, o §2º, do art. 2º da Lei nº 8.080/90, destaca que o dever do Estado não exclui o das pessoas, das famílias, das empresas e da sociedade. No mesmo sentido discorre o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), segundo o qual “todos que se dispõem à prestação de serviços de saúde, mesmo que desvinculada da prestação dos entes públicos, precisam se guiar pela eficiência e adequação aos seus destinatários”.

Isso se deve ao fato do sistema de saúde brasileiro possuir natureza híbrida, isto é, a despeito da Carta Magna atribuir ao Estado, por meio de seus entes federados, a competência de garantia do direito à saúde, conhecido como saúde pública (art. 198, CF), admite também que os entes privados participem desse encargo, por meio da saúde complementar (art. 197, CF) e da saúde suplementar (art. 199, CF).

Sobre as diferentes modalidades do sistema de saúde brasileiro, Alexandre V. Figueiredo discorre que a saúde pública prevista no art. 198 da Constituição Federal, só foi regulamentada a partir da Lei Orgânica da Saúde, a qual elencou diversos princípios e diretrizes que devem nortear o serviço de saúde prestado pela rede pública, dentre os quais a universalização no atendimento, a integralidade na prestação do serviço, bem como a participação comunitária (2012, p. 96).

Destacou ainda, que consoante dispõe o art. 199, § 1º, da CRFB, o atendimento não precisa ser obrigatoriamente realizado na rede pública, podendo ser prestado em rede particular, devidamente conveniada e remunerada pelo Poder Público, na forma complementar do SUS, por meio da celebração de contratos de direito

público ou convênio, passando a integrar o sistema público de saúde e submetendo-se aos princípios e diretrizes que orientam o serviço público (2012, p. 97).

Para operacionalizar esse direito, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, pautado nos princípios da universalidade, integralidade e equidade. A universalidade assegura que todos os cidadãos, independentemente de condição social, tenham acesso aos serviços de saúde. A integralidade visa garantir que o atendimento não se restrinja a aspectos curativos, mas também inclua ações de prevenção e promoção da saúde. Já a equidade busca reduzir as desigualdades no acesso à saúde, priorizando os grupos mais vulneráveis.

Apesar de sua concepção abrangente e inclusiva, a efetivação do direito à saúde enfrenta desafios significativos. Entre os principais estão o subfinanciamento do SUS, as desigualdades regionais no acesso aos serviços e a judicialização da saúde. O subfinanciamento compromete a capacidade do sistema de atender à demanda crescente por serviços de saúde, especialmente em um contexto de envelhecimento populacional e aumento das doenças crônicas. As desigualdades regionais agravam a situação, uma vez que a oferta de serviços é mais limitada em regiões periféricas e menos desenvolvidas, como o Norte e o Nordeste.

Além da rede pública de saúde e da rede complementar que regem-se ambos pela Lei nº 8.080/90, existe ainda a rede de saúde suplementar, modalidade de tratamento fornecido pela iniciativa privada e regida pelos princípios, normas e regras de direito privado, em especial a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, uma vez que é financiado exclusivamente pelo particular beneficiário, contudo, a despeito de não submeter-se às diretrizes do Lei Orgânica da Saúde, a saúde suplementar fornecida por entidades privadas, por prestarem serviço de utilidade pública e que visa resguardar um direito fundamental, devem se submeter à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, trata-se de forma opcional e facultativa do beneficiário,

servindo tanto como um aditamento às duas modalidades anteriores, quanto para suprir as deficiências do sistema público (2012, p. 98-99).

Contudo, em que pese o farto quadro normativo brasileiro no que tange à garantia, cobertura e responsabilidade, nenhuma das normas preocupou-se em conceituar a condição saúde, cabendo à Constituição da Organização Mundial da Saúde (ONU, 1946), por meio de seu preâmbulo, definir o estado de saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Para Sarlet; Marinoni e Mitidiero, o direito à saúde, tal como o direito à vida, constitui uma “pré-condição da própria dignidade da pessoa humana” (2024, p. 600), uma vez que todos os demais direitos fundamentais dependem dos referidos direitos para serem exercidos, tais como o direito à alimentação, moradia, educação e trabalho, ressaltando ainda, que o direito à saúde encontra-se intrinsecamente ligado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, isto é, não se reduz à saúde exterior, mas também interna, por meio da saúde mental.

Nesse sentido, importa consignar o enfoque dado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, a qual dispõe em seu art. 5º, 1, que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, e em seu art. 11, 1, determina que todos têm direito de ver reconhecida a sua dignidade e de obter proteção legal em caso de ofensa ao mesmo.

Assim, para que o indivíduo tenha uma vida digna, é fundamental ter saúde para desempenhar com dignidade os demais direitos fundamentais (COPETTI; GIMENEZ, 2024), tais como a igualdade, liberdade, propriedade, lazer, moradia, trabalho e alimentação. Afinal de contas, o indivíduo que ver-se diante da perda total de seus dentes (edentulismo total), como há de se alimentar? Ou ainda, quem conseguirá se preocupar com sua propriedade, quando a maior necessidade é obter um leito de UTI em um hospital? E, mais, qual cidadão poderá usufruir do seu direito de lazer e de liberdade, ou

mesmo, trabalhar, se está acometido por Transtorno Depressivo Maior, necessitando, com urgência, de um medicamento específico para reabilitar sua saúde.

Dessa forma, uma vez que o direito à saúde além de constituir-se como um direito fundamental, revela-se indissociável ao direito a uma vida digna, isto é, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III da CF), devendo alcançar todos de forma indiscriminada, posto se tratar de condição inerente a todo ser humano, bem como ser atribuição do Estado a formulação e execução de políticas econômicas e sociais com vistas a reduzir os riscos de doenças e outros agravos da saúde, o estabelecimento de condições aptas a assegurar o acesso de todos e de forma igualitária aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, consoante dispõe o art. 2º, §1º da Lei 8.080/90.

Para que o direito à saúde seja plenamente efetivado, é essencial que o Estado priorize o fortalecimento do SUS por meio de uma maior alocação de recursos financeiros, humanos e estruturais. Além disso, é necessário investir em medidas de prevenção e promoção da saúde, o que pode reduzir a sobrecarga sobre os serviços curativos. Também se faz fundamental a articulação entre os diversos setores da sociedade para enfrentar as desigualdades sociais que impactam diretamente os indicadores de saúde da população.

Conforme Sarlet e Figueiredo (2019), “o direito à saúde não se resume ao acesso a serviços de saúde, mas abrange também condições dignas de vida, como habitação adequada, alimentação saudável e acesso ao saneamento básico”. Assim, a garantia do direito à saúde exige uma abordagem intersetorial que leve em consideração os determinantes sociais da saúde, como educação, emprego e meio ambiente.

A ausência de garantia por parte do Estado, seja por não cumprir como o seu dever de fornecer as condições materiais mínimas para oferecer o núcleo básico e essencial à preservação da integridade física e psicológica do ser humano, seja por ofertá-la de forma ineficiente ou insuficiente, bem como, pela prestação ineficiente e inadequada da iniciativa privada, no âmbito de sua atribuição

complementar ou suplementar, incorrerá invariavelmente na violação não apenas do direito fundamental à saúde, mas no Princípio basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro, isto é, pois constitui uma transgressão à própria Dignidade da Pessoa Humana.

2. BARREIRAS À PLENA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: DA RESERVA DO POSSÍVEL ÀS CLÁUSULAS CONTRATUAIS

Diante do exposto, após analisar o quadro normativo e doutrinário nacional no que tange à garantia do direito à saúde, passe-se para a análise crítica de sua efetiva concretização, na medida em que a despeito das disposições que não deixam margens para dúvidas ou interpretações ambíguas, o direito à saúde no Brasil constitui-se como uma espécie de direito “para inglês ver”, isto é, encontra-se devidamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, na prática, não vem sendo efetivamente concretizado.

Isso porque, a despeito da Lei 8.080/90 instituir por meio de seu art. 7º, diversos princípios e diretrizes que deverão reger a saúde pública, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, e a saúde complementar, por meio dos serviços privados contratados ou conveniados que integram o referido sistema, tais como a universalidade, integralidade e igualdade de assistência à saúde, bem como a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população, dentre outros.

A concretização do direito à saúde no Brasil está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao compromisso do Estado em garantir condições de vida dignas para todos os cidadãos. Entretanto, a efetivação desse direito enfrenta barreiras complexas, como a teoria da reserva do possível e as limitações impostas pelas cláusulas contratuais em planos de saúde privados.

A reserva do possível é uma teoria jurídica que reconhece a limitação dos recursos financeiros e materiais do Estado. De acordo com essa perspectiva, não seria possível atender a todas as demandas sociais de forma ilimitada, sendo necessária a alocação racional dos recursos. Contudo, essa limitação não pode ser utilizada como argumento para inviabilizar o direito à saúde, pois este está previsto no artigo 196 da Constituição Federal como um direito fundamental, cuja realização deve ser prioritária (BRASIL, 1988).

Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou que o princípio da reserva do possível deve ser ponderado com o mínimo existencial, garantindo que os direitos fundamentais não sejam negligenciados em razão de limitações orçamentárias. Como destaca Barroso (2012), “a reserva do possível não pode ser invocada como escudo para o descumprimento das obrigações fundamentais, especialmente aquelas que integram o núcleo essencial do mínimo existencial”.

Paralelamente, no âmbito privado, surgem questionamentos sobre as cláusulas contratuais de planos de saúde, que muitas vezes limitam o acesso dos beneficiários a determinados tratamentos e procedimentos. A jurisprudência tem desempenhado um papel relevante na interpretação dessas cláusulas, considerando abusivas aquelas que restringem o acesso a tratamentos necessários à preservação da vida e da saúde. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido que “o contrato de plano de saúde não pode representar um obstáculo ao direito à saúde, devendo ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.668.244/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2020.).

A realidade brasileira mostra-se distante de seguir as referidas disposições, para Mateus D. de Carvalho e Ana C. A. Santana (CONPEDI, 2024), isso se deve ao fato das políticas públicas escolhidas pela administração pública não serem as mais adequadas para o alcance e efetivação do direito fundamental à saúde, o que gera, por sua vez, graves deficiências no sistema público de saúde, como

a falta de infraestrutura e de profissionais, a descontinuidade no fornecimento de medicamentos, e na carência de insumos médicos e na insuficiência de leitos, ocasionando na insatisfação da população diante da ineficiência do Estado na concretização de seu direito fundamental e diante da violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O Estado apoia-se na noção de “reserva do possível”, segundo o qual, o Estado possui recursos escassos e restritos e que, em contrapartida, o aumento na expectativa de vida dos brasileiros e a proliferação de inúmeras doenças, tornam impossível a efetivação das políticas públicas sociais, inclusive aquelas relativas ao direito à saúde, vez que, enquanto os recursos financeiros que o Estado possui para efetivar as políticas públicas voltadas para a promoção dos diversos direitos fundamentais são limitados, as necessidades sociais da população brasileira só aumentam e são infinitas (BARCELLOS, 2006).

Tudo isso faz com que parte da sociedade desacredite na disposição contida no art. 198 da Constituição Federal, quanto à ideia de um Sistema Público de Saúde universal e igualitário, obrigando-a a buscar por serviços, planos e seguradoras de saúde privados, acreditando que, assim, haverão de ter o seu direito à saúde finalmente concretizado (VASCONCELOS e PASCHE, 2006).

Guilherme Valdetaro Mathias (Forense, 2012, p. 95) reconhece a relevância do Sistema de Saúde Suplementar para a sociedade brasileira, na medida em que presta serviços essenciais a parcela da população que, não fosse a atividade da iniciativa privada, se juntaria aos outros milhões de indivíduos que necessitam de atendimento médico e não obteriam, uma vez que o Sistema Único de Saúde fatalmente é incapaz de atender adequadamente a totalidade da população.

Ocorre, porém, que tal como o Estado encontra diversas justificativas para afastar sua responsabilidade de efetivação do direito à saúde, as operadoras de saúde de iniciativa privada igualmente o fazem, suscitando dentre outras justificativas que: o dever de garantir a saúde da população é do Estado e não da iniciativa privada, a qual,

rege-se pelas normas e regras do direito privado, devendo, pois, limitar sua obrigação às disposições contratuais, isto é, às cláusulas inseridas em seus contratos de adesão e nas resoluções expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Consoante disposto anteriormente, a saúde suplementar, diferentemente do sistema público de saúde e do sistema complementar, não é guiada pelas diretrizes e pelos princípios contidos na Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde) e sim pelas normas de direito privado, dentre as quais o Código Civil (Lei nº 10.406/02), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), submetendo-se, contudo, à regulação e fiscalização da Agência Nacional de Saúde, responsável por normatizar e realizar o controle das atividades de assistência suplementar.

Dentre os diversos instrumentos de regulamentação e controle que a referida agência reguladora possui, destaca-se a competência para elaborar um Rol dos Procedimentos e Eventos em Saúde que devem obrigatoriamente ser ofertados pelas operadoras de assistência à saúde, respeitando-se as segmentações assistenciais contratadas (MAINARDI, 2023).

A natureza exaustiva ou não do referido rol gerou e continua gerando inúmeros debates, vez que os consumidores defendem o caráter exemplificativo do rol, enquanto os planos de saúde defendem que o mesmo é taxativo, aduzindo para tanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1733013/PR, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, o qual defendia a inviabilidade de atribuir natureza meramente exemplificativa ao referido rol, desconsiderando as limitações definidas, pois tal posicionamento teria o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais sobre as diversas modalidades de planos.

Diante da controvérsia jurisprudencial e dos prejuízos do precedente supracitado para inúmeros beneficiários, o Congresso Nacional elaborou a Lei nº 14.454/22, responsável por alterar a Lei

9.656/98 (Lei dos planos de saúde), apresentando, dentre outras disposições a natureza de referência básica do rol de procedimento e eventos elaborado pela ANS, ao acrescentar o § 12 no art. 10, estabelecendo como condições para a cobertura de procedimentos e eventos excluídos do rol, a existência comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico (§ 13, inciso I) ou a existência de recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais (§ 13, inciso II).

Portanto, apesar da força normativa das resoluções proferidas pela ANS, inclusive no que tange à seleção dos procedimentos e eventos de cobertura obrigatória por parte dos planos de saúde privados, a agência está adstrita às disposições da legislação hierarquicamente superior, não podendo contrariar, por exemplo, a Lei de Planos de Saúde, assim, a ausência de determinado procedimento do rol da ANS, por si só, não constitui justificativa para a negativa de cobertura.

Contudo, o que se observa nas demandas judiciais da saúde é que frequentemente os planos de saúde têm ignorado a disposição legal para refugiar-se em precedente antigo, inclusive, que já fora superado por entendimentos mais recentes pela Corte Cidadã, recusando-se a cumprir com o seu dever de garantir o direito à saúde de seus beneficiários e violando a dignidade da pessoa humana, uma vez que assumiu a responsabilidade social de honrar a vida e a saúde daqueles que o contrataram, agindo, em conjunto, com o Estado na promoção do acesso à saúde (MESTRINEL; BRAGHETTA, 2021).

Logo, assim como a inobservância do Estado do seu dever de garantir o direito à saúde dos cidadão acarreta na violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo ocorre às operadores de saúde privadas, vinculadas ou não ao poder público, eis que assumiram a responsabilidade de prestar serviço de utilidade pública e que visa resguardar um direito fundamental dos beneficiários que lhe contratam e, ao deixar de fazê-lo ou fazê-lo de forma eficiente,

acaba por violar também o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

A concretização do direito à saúde, portanto, exige uma abordagem integrada entre os setores público e privado. No âmbito público, o fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS) é essencial para garantir a universalidade e a integralidade do atendimento. Por outro lado, no setor privado, é necessário garantir que as relações contratuais sejam pautadas por princípios de equidade e boa-fé, assegurando que os consumidores tenham acesso efetivo aos serviços contratados.

Como conclui Dallari (2007), “a saúde não deve ser vista apenas como a ausência de doenças, mas como uma condição essencial para o pleno desenvolvimento da cidadania”. Dessa forma, superar os desafios impostos pela reserva do possível e pelas cláusulas contratuais abusivas é um passo fundamental para a concretização do direito à saúde no Brasil.

3. JUDICIALIZAÇÃO COMO UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Outro aspecto que merece atenção é a crescente judicialização da saúde. Muitas vezes, cidadãos recorrem ao Poder Judiciário para garantir o acesso a medicamentos, tratamentos ou procedimentos não disponibilizados pelo SUS. Essa prática reflete, de um lado, a conscientização dos indivíduos sobre seus direitos, mas também evidencia falhas na gestão e no planejamento das políticas de saúde. Segundo Dallari (2007), “a judicialização do direito à saúde é uma expressão da insuficiência das ações governamentais, mas também aponta para a necessidade de maior efetividade na formulação e execução das políticas públicas”.

Diante disso, uma vez que o Estado fornece um serviço de saúde pública sem infraestrutura adequada, com escassez de profissionais e de insumos médicos, além de limitar as terapias fornecidas e suspender

o fornecimento de medicamentos, isto é, não cumpre com o seu dever de garantir o direito à saúde de seus cidadãos e tampouco custeia o sistema de saúde complementar, com fulcro na reserva do possível e, a iniciativa privada, no âmbito de sua atribuição de garantir o direito à saúde de seus segurados, restringe a sua cobertura a procedimentos e tratamentos previstos no contrato e nas resoluções da ANS.

Como o brasileiro conseguirá obter a efetivação de seu direito fundamental e viver dignamente? Segundo Christabelle-Ann Xavier (2018), emerge a judicialização como um mecanismo para garantir o acesso aos serviços de saúde, quando outras vias se mostram ineficazes ou indisponíveis. Assim, eventuais limitações de terapias para o tratamento do Transtorno do Espectro Autista (TEA), por exemplo, por parte do Estado, ou pelo plano de saúde, caso o indivíduo seja beneficiário de um, podem ser afastadas por meio do ajuizamento de uma demanda judicial, quando outras vias tenham se mostrado infrutíferas.

A atuação do Poder Judiciário tem sido especialmente relevante em situações em que indivíduos ou grupos recorrem à justiça para obter acesso a medicamentos, tratamentos ou procedimentos que não são oferecidos ou não estão disponíveis na rede pública de saúde. De acordo com Barroso (2012), “a judicialização do direito à saúde representa uma resposta institucional à incapacidade ou omissão do Estado em garantir o pleno cumprimento de suas obrigações constitucionais”.

Embora a judicialização tenha se mostrado eficaz para assegurar o acesso a direitos individuais, também suscita debates sobre os impactos orçamentários e as consequências para a gestão do SUS. A concessão de demandas judiciais, muitas vezes voltadas para tratamentos de alto custo ou não incorporados nas políticas públicas, pode comprometer o planejamento e a distribuição equitativa dos recursos públicos. Nesse sentido, Vieira e Zucchi (2007) destacam que “a judicialização, embora necessária em muitos casos, deve ser acompanhada por mecanismos de regulação que garantam a sustentabilidade do sistema e a proteção dos interesses coletivos”.

Outro aspecto relevante é a evolução da jurisprudência no Brasil. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem desempenhado um papel central na construção de parâmetros para a atuação do Judiciário em matéria de saúde. Em decisões recentes, o STF tem buscado equilibrar o direito à saúde com a limitação de recursos financeiros, reafirmando a necessidade de observância do princípio da reserva do possível, desde que não comprometa o mínimo existencial.

A judicialização também revela a crescente conscientização da população sobre seus direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, evidencia a importância de uma maior articulação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para aprimorar as políticas públicas de saúde. Como apontam Silva e Terrazas (2018), “a harmonização entre a atuação judicial e a gestão pública é essencial para garantir a efetividade do direito à saúde sem comprometer a sustentabilidade do sistema”.

No mesmo sentido, entende Davidson Gregório de Lucena (2021) ao afirmar que uma vez que o “Estado falha em garantir o acesso à saúde, os tribunais podem atuar como um último recurso para assegurar que nenhum indivíduo seja privado do direito à vida e à saúde digna”. Significa dizer que, caso o Estado, responsável pela promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como pela sua regulamentação e fiscalização, quando se tratar da saúde suplementar, deixe de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde, cabe ao judiciário atuar como último recurso para garantir o direito à saúde e a uma vida digna aos cidadãos.

O fenômeno da judicialização da saúde tem sido cada vez mais crescente no Brasil, e serve, consoante as palavras de Lucena (2021), como uma espécie de contrapeso às falhas do sistema de saúde, uma vez tem se mostrado como uma das poucas alternativas e, provavelmente, uma das mais eficientes, que restaram à população apta a garantir o acesso a tratamentos, medicamentos e procedimentos médicos, para Henia Clissa V. Raposo (2024), são inúmeras as causas desse fenômeno, sendo a principal delas as deficiências estruturais e operacionais do sistema de saúde.

Entretanto, a despeito de visar resguardar direito fundamental, intrinsecamente atrelado à vida digna dos brasileiros, a judicialização permanece sendo uma medida controversa, isso porque parte dos estudiosos entende que as consequências de sua massificação são incalculáveis, enquanto a outra parte a considera como um importante instrumento para assegurar a eficácia e a efetividade do direito à saúde.

Aqueles que são contrários à medida, aduzem ao risco de sobrecarga do Sistema Judicial, de incerteza e instabilidade jurídica, uma vez que as decisões judiciais, ao contrário do processo legislativo, mudam com frequência na medida em que são substituídos os magistrados, prejudicando o planejamento e a previsibilidade tanto das empresas prestadoras de serviços, quanto dos cidadãos beneficiários (RAPOSO, 2024).

Defendem também que as decisões judiciais baseiam-se em casos individuais, desconsiderando evidências científicas e em detrimento de intervenções que possam beneficiar o maior número de pessoas, além de impactar significativamente na capacidade financeira do sistema de saúde, seja ele público ou particular, resultando, por sua vez, em menos recursos disponíveis para atender outros serviços essenciais, alertando para o risco de que as impugnações de políticas públicas possa acarretar no atraso de novas implementações, por prazo indefinido, e da fomentação de uma cultura de dependência jurídica, enfraquecendo a confiança e a cooperação com os serviços de saúde tradicionais e criar um ciclo de litígios que perpetua o desequilíbrio no sistema de saúde.

Já aqueles que defendem a judicialização como um mecanismo capaz de garantir a efetivação do direito à saúde, argumentam que ela fortalece a democracia ao garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos (vida e saúde), além de servir como um instrumento capaz de dar visibilidade a minorias pouco ouvidas, especialmente pessoas com deficiências pouco conhecidas, com doenças raras e com enfermidades estigmatizantes, permitindo que o direito alcance também esse indivíduos lançados nas sombras e longe do alcance do aparato normativo e das políticas públicas do Estado.

Esse processo, entende Henia Clissa V. Raposo (2024), pode ser visto como uma forma de equalizar as desigualdades no acesso aos serviços de saúde e servir como uma solução para garantir o acesso à saúde daqueles que não conseguem por vias regulares, promovendo a dignidade da pessoa humana, além de servir como um importante instrumento educacional da sociedade, uma vez que ao receber visibilidade, tornam os indivíduos mais conscientes sobre os seus direitos contribuindo para uma maior compreensão e valorização dos direitos individuais e coletivos e para uma cidadania mais ativa e consciente.

Sustentam ainda, que os precedentes criados pelos tribunais brasileiros, orientam futuras interpretações e aplicações da lei, contribuindo para a evolução, adaptação às novas demandas da sociedade e ao aprimoramento do sistema jurídico brasileiro, dando maior exposição para os principais déficits do sistema de saúde, ao apresentar o panorama das principais demandas que ecoam no judiciário, influenciando a opinião pública e pressionando os agentes públicos por mudanças legislativas.

Dessa forma, infere-se que a despeito da controvérsia que a judicialização da saúde promove, é incontestável que ela se tornou um importante meio assecuratório do direito à saúde, seja na esfera da saúde pública, seja na esfera da saúde privada, na medida em que os cidadãos tornaram-se mais conscientes de seus direitos, deixando de contentar-se com a mediocridade que obtinham, muitas vezes precisando sacrificar-se para garantir a manutenção de sua própria saúde em decorrência do desamparo estatal e da iniciativa privada que comprometera-se com a garantia do restabelecimento da saúde de seus beneficiários.

Assim, quando os outros poderes do Estado Democrático de Direito falham em atender e proteger o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não se desincubindo do dever de garantia do direito à saúde de todos, faz-se necessário que o judiciário atue como “guardião dos direitos constitucionais” (RAPOSO, 2024), a fim de assegurar

que as políticas públicas e as leis estejam alinhadas aos princípios fundamentais da justiça e da igualdade.

Trata-se da observância do chamado princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, o qual consiste na busca pela “aproximação tão íntima quanto possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” e implica, no dever por parte do intérprete e aplicador da lei de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2024, p. 172).

A judicialização se apresenta como um meio político e democrático capaz de reafirmar a cidadania e servir como um importante instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade das normas, uma vez que além de proteger os direitos fundamentais e assegurar a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, influencia na formulação de políticas públicas que reforcem a força normativa da Constituição, direcionando de forma assertiva os pontos de maior defeito na prestação de serviços de saúde.

Portanto, a judicialização do direito à saúde constitui um instrumento importante para a concretização desse direito fundamental, especialmente em contextos de omissão estatal. No entanto, é imprescindível que essa ferramenta seja utilizada de forma equilibrada, com foco na equidade e na racionalidade, para que possa contribuir tanto para a proteção dos direitos individuais quanto para a sustentabilidade das políticas públicas de saúde.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, compreende-se que o direito à saúde, isto é, o estado de completo bem-estar físico, mental e social, além da simples ausência de doença ou enfermidade, possui natureza de direito social fundamental subjetivo, por expressa disposição na Constituição Federal de 1988, porém, mais do que um direito fundamental, constitui

um dos elementos do núcleo mínimo para uma vida digna, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Com vistas a garantir sua concretização, tendo em vista o comando normativo contido no art. 196 da Carta Magna, a Constituição Federal e a Lei Orgânica de Saúde atribuíram a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios para promover, proteger e recuperar a saúde dos cidadãos, a norma infraconstitucional, em observância à disposição constitucional segundo o qual, o sistema de saúde no Brasil deverá ser prestado pelo Estado (saúde pública) ou, na impossibilidade deste, pela iniciativa privada por meio de contratos privados contratados ou conveniados à Administração Pública (saúde complementar) e, de forma suplementar, será prestado pelas entidades privadas, as quais possuem liberdade para prestar serviços de saúde, desde que respeitadas as normas e diretrizes do setor, no último caso, porém, as regras serão ditadas pelo quadro normativo de direito privado e não público, com destaque para a Lei dos Planos de Saúde, responsável por dispor sobre a rede de saúde suplementar.

Por se tratar de um dos elementos que servem como pré-condição para a dignidade da pessoa humana, uma vez que os demais direitos fundamentais só poderão ser desempenhados com dignidade pelo indivíduo que tenha saúde, devendo, pois ser reconhecido e devidamente efetivado e em caso de ofensa ao mesmo, o que, conforme exposto no capítulo 2, mostra-se por vezes comum, na medida em que Estado sob a égide da reserva do possível e as entidades privadas sob o escudo das limitações contratuais e das omissões nas resoluções da ANS criam barreiras à plena efetivação do direito à saúde, merecendo, portanto, os indivíduos que têm o seu direito à saúde lesado, amparo legal e judicial.

No cenário atual do Brasil, verifica-se que as negativas de tratamentos, do fornecimento de medicamentos e de limitações de sessões de terapias, tanto pelo Estado, quanto pela iniciativa privada, têm estimulado o ajuizamento cada vez mais frequente de demandas de saúde no Poder Judiciário, tal fenômeno intitulado judicialização da saúde gera diversos debates entre aqueles favoráveis e aqueles

contrários à medida, apresentando-se apesar de tudo, como um meio eficaz de aplicação do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que reduz a disparidade entre o *dever-ser* contido na norma e o *ser* da realidade social.

O direito à saúde no Brasil é um compromisso constitucional que impõe ao Estado a responsabilidade de assegurar condições de vida digna e o acesso igualitário aos serviços de saúde. Apesar dos avanços alcançados desde a criação do SUS, é necessário enfrentar os desafios estruturais e garantir que as políticas de saúde sejam eficazes, equitativas e sustentáveis.

Pode-se concluir, portanto, que diante da ineficiência do Estado e do escapismo apresentado pelas entidades privadas prestadoras de serviços da saúde, o fenômeno da judicialização da saúde, mostra-se como um meio idôneo e adequado para obtenção da máxima efetividade do direito fundamental à saúde e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na medida em que, uma vez que os demais poderes da República não foram capazes de garantir a eficácia do direito à saúde, seja por meio da elaboração de leis, seja por meio de políticas públicas, cabe ao aplicador da lei o dever de assegurar maior eficácia e efetividade das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3. P. 17-54, jul/set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Revista Eletrônica de Direito Constitucional, v. 4, n. 8, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2024

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Brasília, 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 nov. 2024

BRASIL. **Lei nº 8.0880**, 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, Brasília, DF, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL, **Lei nº 9.656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1733013**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 10 de

dezembro de 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271733013%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271733013%27\).succe.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271733013%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271733013%27).succe.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 20 nov. 2024.

CARVALHO, Eloá Carneiro; SOARES, Samira Silva Santos; FARIAS, Sheila Nascimento Pereira de; ANDRADE, Karla Biancha Silva de; SOUZA, Pedro Hugo Dantas de Oliveira; BRANCO, Vinícius Nemésio; VARELLA, Thereza Christina Mó y Mó Loureiro; SOUZA, Norma Valéria Dantas de Oliveira. **Judicialização da saúde: reserva do possível e mínimo existencial**. *Cogitare Enfermagem*, [S. l.], v. 26, 2021. DOI: 10.5380/ce.v26i0.76406. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/76406>. Acesso em: 20 nov. 2024.

CARVALHO, Mateus Dantas; SANTANA, Ana Cristina Almeida. **O direito à saúde sob a ótica do constitucionalismo social: concretização através do sistema de precedentes judiciais vinculantes**. *Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça*. Evento virtual, v. 6, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/6492>. Acesso em: 20 nov. 2024.

CASTILHO, Ricardo dos S. **Direitos Humanos**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

COPETTI, Maria Eduarda Granel; GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **A dignidade da pessoa humana enquanto princípio de garantia do direito fundamental à saúde**. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Florianópolis, Brasil, v. 10, p. 96-107, 2024. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/10471>. Acesso em: 20 nov. 2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, 2007.

DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Carmagos. **O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização.** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, v. 8, n. 2, p. 82-99, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/63302>. Acesso em: 20 nov. 2024

FERREIRA, A P S ; RIBEIRO, K.D.C.B.L . **Judicialização do direito à saúde:** o embate doutrinário entre o excesso da instituto da judicialização contra a utilização deste para garantia da saúde. In: VII Encontro Virtual do CONPEDI - A Pesquisa Jurídica na Perspectiva da Transdisciplinaridade, 2024, Florianópolis. VII Encontro Virtual do CONPEDI - Direito e Saúde. Florianópolis: CONPEDI, 2024. p. 192-212.

FIGUEIREDO, Alexandre V. **Curso de Direito de Saúde Suplementar.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOPES, Gilliard Manassés Silva; MENDES, Rosyvânia Araújo. **O papel do poder judiciário na garantia do acesso à saúde:** uma análise da judicialização da saúde como instrumento de efetivação do direito à saúde no Brasil. Revista Acadêmica Online , [S. l.], v. 10, n. 51, p. 1-19, 2024. Disponível em: <https://www.revistaacademicaonline.com/index.php/rao/article/view/149>. Acesso em: 20 nov. 2024.

LUCENA, Davidson Gregório de. **Judicialização na saúde pública brasileira:** uma revisão integrativa. Orientador: Risoleide de Souza Nascimento. 2021. 23f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, 2021. Disponível em: <https://dspace.uniceplac.edu.br/handle/123456789/1705>. Acesso em 20 nov. 2024.

MAINARDI, Lays Vitória Silva. **O papel da ANS sob aspecto jurídico do direito social à saúde, conforme a Lei nº 14.454/22 e o entendimento do STJ** Orientador: Paula Ramos Nora de Santis. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2023. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias>.

edu.br/jspui/bitstream/123456789/7051/1/TCC%20%20Lays%20Mainardi.pdf. Acesso em 20 nov. 2024.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MATHIAS, Guilherme V. O Código Civil e o Código do Consumidor na saúde suplementar. **Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 95-118.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 40^a edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

MESTRINEL, Laura Rege; BRAGHETTA, Luan Mazzali. **Burocratização privada como violação do direito à saúde**. In: V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR. Vol. 2. Campinas: Editora Brasília, 2021. Disponível em: https://www.cidhcoimbra.com/_files/ugd/8f3de9_f715257e07fc4797acc93d80090249ef.pdf#page=109. Acesso em 20 nov. 2024.

OLIVEIRA, Rony Rossi Mota. **Judicialização da Saúde**. Faculdade Doctum de João Monlevade. 2017. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/handle/123456789/2534>. Acesso em: 20 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Constituição (1946). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque, EUA: ONU. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20

Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BA-de%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

PAULA, J. C.; FRAGA, L. P. C. ; FONSECA, T. S. ; VIEGAS, S. M. F. **O direito à saúde como princípio fundamental e a judicialização**. Synthesis Revista Digital FAPAM, v. 12, p. 91-105, 2023. Disponível em: <https://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/647>. Acesso em: 20 nov. 2024.

RAPOSO, Henia Clissia Vieira. **Judicialização da saúde no Brasil: problema ou solução? uma análise sobre as demandas judiciais envolvendo a saúde no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Departamento de Ciências Jurídicas - Fundação Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, 2024. Disponível em: <https://ri.unir.br/jspui/handle/123456789/5430>. Acesso em: 20 nov. 2024.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direitos fundamentais e saúde: da teoria à prática**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SILVA, Fernanda; TERRAZAS, Fernando. **Judicialização e saúde: desafios e perspectivas**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2018.

VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Fredterico. **O sistema único de saúde**. CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. etc. Tratado de saúde coletiva. Rio de Janeiro: Hucitec, 2006.

VIEIRA, Fábio Gomes; ZUCCHI, Paola. **Demandas judiciais e assistência à saúde: reflexões para o SUS**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 12, n. 4, 2007.

XAVIER, Christabelle-Ann. **Judicialização da saúde**: perspectiva crítica sobre os gastos da união para o cumprimento das ordens judiciais. In: SANTOS, A. O.; LOPES, L. T. (org). Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. Brasília: CONAAS, p. 52-62, 2018.

SAÍDA TEMPORÁRIA DE PRESOS: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI Nº 7663/2024 E A VISÃO PUNITIVISTA DO CONGRESSO NACIONAL

*Matheus Barbosa da Cunha*⁴⁶

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁴⁷

RESUMO

O objetivo do presente estudo é examinar o benefício da saída temporária de presos para visita familiar e identificar se os resultados contribuem para a ressocialização dos presos ou se aumentam a insegurança pública no Brasil. Para tanto, a metodologia adotada consistiu em uma revisão da literatura e estudo de caso da ADI nº 7663/2024, atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar os diversos debates doutrinários e posicionamentos divergentes sobre o tema, já que a ação pretende a declaração de inconstitucionalidade da norma recém aprovada pelo Congresso Nacional. Recentemente, o benefício foi proibido pela Lei Federal nº 14.843/2024, originada através do Projeto de Lei nº 2.253/2022, portanto, adotando a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental foram analisados os documentos produzidos por diferentes atores políticos e entes públicos no decorrer da tramitação do projeto e foram assistidas as sessões de votação do Senado Federal, a fim de identificar os principais argumentos dos parlamentares sobre o tema e discorrer acerca da visão punitivista do Congresso Nacional. Como resultado

46 Graduando em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

47 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia.

principal, verificou-se uma maior rigidez do Poder Legislativo em razão da percepção negativa de grande parte da população em relação ao benefício do “saidão”, o que culminou em uma votação praticamente unânime para proibir o benefício. Por outro lado, também se identificou que devido aos problemas de superlotação carcerária e ausência de medidas de ressocialização dos presos, são recorrentes os casos de fuga e prática de novos crimes, os quais ocasionam o sentimento geral de que o benefício não atinge a finalidade de ressocialização. Por fim, conclui-se que o fim da saída temporária prejudica a ressocialização dos presos e sugere-se mudanças na legislação atual para permitir o benefício, mas com maior rigidez nas suas concessões, a fim de garantir um equilíbrio entre a ressocialização dos presos e a segurança da população.

Palavras-chave: Congresso Nacional; Execução Penal; Ressocialização; Saída Temporária; Segurança Pública.

INTRODUÇÃO

A saída temporária de presos, prevista na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), sempre foi um instrumento de grande importância para o sistema de execução penal brasileiro, tendo como objetivo facilitar a reintegração social dos condenados em regime semiaberto, ao passo em que permite que os presos deixem o ambiente carcerário temporariamente, fortalecendo os vínculos familiares e preparando-o para o retorno gradual ao convívio social.

Com base nisso, o presente trabalho pretende examinar o benefício da saída temporária de presos para visita familiar, pois recentemente foi proibido pela Lei Federal nº 14.843/2024, originada através do Projeto de Lei nº 2.253/2022, sob a justificativa central de que a saída temporária gera insegurança à sociedade, uma vez que existem registros de crimes cometidos por presos durante os períodos de saída e dificuldades de monitoramento dos beneficiários.

A referida alteração legislativa gera dúvidas em relação aos impactos jurídicos, sociais e penais que a extinção da saída temporária pode acarretar, bem como suas possíveis consequências. Isto porque, a problemática central reside no questionamento se as saídas temporárias de fato contribuem para a ressocialização dos presos ou se aumentam a insegurança pública no Brasil, conforme defendido pelo Congresso Nacional.

De acordo com os defensores da alteração legislativa, extinguir essa possibilidade contribuiria para reduzir a reincidência criminal e evitar riscos à ordem pública, contudo, o fim desse benefício gera também questionamentos sobre seus efeitos nas políticas de ressocialização e na dinâmica interna do sistema prisional, uma vez que a saída temporária serve como estímulo para a manutenção de bom comportamento entre os apenados e facilita a adaptação gradual à vida em liberdade.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende analisar o benefício da saída temporária de presos para visita familiar e identificar se os resultados contribuem mais para a ressocialização dos presos ou se aumentam a insegurança pública no Brasil, para através dos resultados, sugerir possíveis medidas para o equilíbrio entre a ressocialização dos presos e a garantia da segurança pública.

Para isso, será abordada a tramitação do Projeto de Lei nº 2.253/2022, adotando a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, sendo analisados os documentos produzidos por diferentes atores políticos e entes públicos no decorrer da tramitação do projeto e sendo assistidas as sessões de votação do Senado Federal, a fim de identificar os principais argumentos dos parlamentares sobre o tema e discorrer acerca da visão punitivista do Congresso Nacional.

Além disso, será realizado o estudo de caso da ADI nº 7663/2024, atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar os diversos debates doutrinários e posicionamentos divergentes sobre o tema, já que a ação pretende a declaração de inconstitucionalidade da norma recém aprovada pelo Congresso Nacional.

Portanto, após estudo do benefício da saída temporária em um contexto geral, análise do PL nº 2.253/2022 e estudo de caso da ADI nº 7663/2024 será possível identificar se o fim da saída temporária prejudica a ressocialização dos presos, e, a partir disso, sugerir mudanças na legislação atual para permitir o benefício, mas com maior rigidez nas suas concessões, a fim de garantir um equilíbrio entre a ressocialização dos presos e a segurança da população.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) é um marco fundamental na história do sistema penitenciário brasileiro, dada a importância de garantia de direitos dos presos e de sua ressocialização. Isto porque, o intuito desta lei é estabelecer uma estrutura normativa para o cumprimento das penas, na medida em que dá ênfase na humanização do tratamento penal e no retorno gradual do reeducando à sociedade.

A história da execução penal no país remonta ao período colonial, quando o sistema prisional era marcado por condições precárias e ausência de normas específicas para a execução de penas. Apenas no século XX, com a evolução do Direito Penal e da criminologia, o Brasil começou a buscar uma orientação mais estruturada para tratar a ressocialização do preso.

Desse modo, cabe ressaltar que a evolução do direito penitenciário no Brasil, pois foi marcada por várias tentativas frustradas de sistematização da execução de penas, que iniciara em 1930, na 14ª Subcomissão Legislativa do Congresso Nacional composta pelos juristas Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Britto e Heitor Pereira Carrilho. (BARBOSA, 2010)

Na época, foi abordada a necessidade de apresentar um projeto de Código Penitenciário, o qual fora preparado em 1933 e publicado

no Diário do Congresso em 25 de fevereiro de 1937, baseando-se em aspectos sociais, políticos e filosóficos de humanização da Lei de Execução. Ocorre que, não foi possível o prosseguimento para promulgação das normas em razão da supressão das atividades parlamentares devido instauração do Estado Novo por Getúlio Vargas e a adoção de meios de execução da pena mais punitivista ao detento (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 1984).

Nesse liame, no ano de 1951, o deputado Carvalho Neto elaborou um novo projeto de lei a fim de suprir a lacuna na legislação penitenciária, para que fosse editado regramento específico sobre a execução penal, considerando que o código penal não abordava as peculiaridades desse instituto, porém, a proposta não se tornou lei (BARBOSA, 2010).

Com base na exposição de motivos que traz o contexto histórico, motivações e alterações legislativas publicadas no Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - Suplemento B - 1/7/1983, Página 017, acerca da Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Constata-se que após a retomada da pauta foram trazidos novos questionamentos, inclusive acerca da possibilidade da ressocialização de presos. Em 2 de outubro de 1957, o anteprojeto do eminente penalista Oscar Stevenson foi finalmente sancionado, se transformando na Lei nº 3.274, que dispõe sobre as normas gerais de regime penitenciário. A referida lei abordou o princípio de individualização das penas, distinção penal e os direitos penitenciários que de fato integrasse a população carcerária em sua totalidade. Conforme a seguir:

Art. 1º São normas gerais de regime penitenciário, reguladoras da execução das penas criminais e das medidas de segurança detentivas, em todo o território nacional:

- I. A individualização das penas, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade, corresponda o tratamento penitenciário adequado.

- II. A classificação dos sentenciados, para efeito de cumprimento das penas.
- III. A internação, em estabelecimentos apropriados, dos que estiverem passíveis de prisão preventiva, ou provisória.
- IV. O trabalho obrigatório dos sentenciados, segundo os preceitos da psicotécnica e o objetivo corretivo e educacional dos mesmos.
- V. A percepção de salário, conforme a espécie de trabalho executado, sua perfeição e rendimento, levado em conta, ainda o procedimento do sentenciado.
- VI. A formação do pecúlio penitenciário, deduzido do salário percebido no trabalho executado.
- VII. O seguro contra acidentes no trabalho interno, ou externo, dos estabelecimentos penitenciários.
- VIII. A separação dos sentenciados em estabelecimentos adequados, consoante a natureza e gravidade das penas prisão simples, detenção ou reclusão.
- IX. O isolamento e tratamento, em estabelecimentos para êsse fim, dos sentenciados que sofrerem ou revelarem comêço, infiltração, ou contaminação, de tuberculose ou lepra.
- X. A separação das mulheres sentenciadas em estabelecimentos apropriados, tendo-se em vista o disposto em incisos VIII e IX dêste artigo.
- XI. A internação, em estabelecimentos apropriados, dos menores infratores que tiverem mais de 18 anos e menos de 21.
- XII. A internação, em estabelecimentos adequados, dos que forem atingidos por medidas de segurança detentivas.
- XIII. A educação moral, intelectual, física e profissional dos sentenciados.
- XIV. O livramento condicional, preenchidos os requisitos enumerados nas leis penais e processuais-penais.

XV. A assistência social aos sentenciados, aos liberados condicionais, aos egressos definitivos da prisão, e às famílias dos mesmos e das vítimas.

Contudo, segundo o entendimento de Júlio Mirabete “tal diploma legal, porém, carecia de eficácia por não prever sanções para o descumprimento dos princípios e das regras contidas na lei, o que tornou letra morta no ordenamento jurídico do País” (MIRABETE, 2023). Logo, denota-se que o objetivo da referida legislação era editar normas pertinentes ao estabelecimento prisional, local físico onde os detentos ficavam.

Com o advento de um anteprojeto de reforma do Código Penal de 1940, apresentado pelo Ministro Néelson Hungria em 1963, verificou-se a necessidade da edição de um anteprojeto que versasse sobre a matéria de execução penal. Essa missão foi direcionada ao penalista Roberto Lyra, Ministro da Educação e Cultura do Governo Goulart, entretanto, a produção foi abandonada em razão da instauração do regime militar em 1964, sendo posteriormente atribuída ao penalista Benjamim Moraes Filho (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 1983).

Com a promulgação do Código Penal pelo Decreto-lei nº. 1.004 de 1969, tornou-se ainda mais urgente a edição de um código que tratasse especificamente da execução penal. Assim, foi apresentado em 1970 o anteprojeto de código de execuções penais inspirado nas Resoluções das Nações Unidas de 1953.

O professor Benjamim Moraes Filho, junto de outros juristas, elaborou um projeto onde foram adotados aspectos voltados ao tratamento humanitário, às condições mínimas no tratamento de reclusos e adequadas ao texto normativo do Código Penal atualizado em 1969.

Contudo, apesar do referido projeto demonstrar pontos relevantes do direito penitenciário e dos direitos humanos, baseadas nas ideias de José Frederico Marques, que por meio de seus estudos propunha dispositivos legais que promovessem o acesso do detento à educação, assistência, disciplina, alimentação adequada e trabalho

remunerado durante o cumprimento da pena, o anteprojeto não foi promulgado em lei.

Nessa perspectiva, apenas em 1983 o projeto de lei foi aprovado no Brasil, sob fomento do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, sendo sob convertida em Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), atualmente em vigência, que fora sancionada em 1984 pelo General João Batista Figueiredo, último presidente empossado durante o regime militar brasileiro (1964- 1985).

A Constituição de 1988 consolidou princípios fundamentais que já estavam previstos na LEP, como a dignidade da pessoa humana e a individualização da pena. De acordo com Silva (2012), “a LEP surge como uma tentativa de equilibrar o caráter punitivo do sistema penal com a necessidade de reintegração do condenado à sociedade, oferecendo-lhe condições mínimas de dignidade durante o cumprimento da pena”.

Entre os aspectos inovadores da LEP está a criação de um sistema progressivo para a execução da pena, com a possibilidade de progressão de regime (fechado, semiaberto e aberto), conforme previsto em seu artigo 112. Esse mecanismo visa estimular o bom comportamento e a reinserção gradual do apenado na sociedade (Mirabete, 2023).

No entanto, apesar do seu caráter humanitário, a implementação prática da LEP enfrenta desafios importantes. O sistema prisional brasileiro é frequentemente criticado por sua superlotação, insalubridade e falta de recursos para a efetivação das políticas previstas na lei. Como observa Beccaria (2014), “as normas determinantes para a execução penal frequentemente colidem com a realidade das prisões, tornando difícil alcançar os objetivos de ressocialização e dignidade humana”.

Outro ponto importante é o papel do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, criado pela LEP, que busca promover políticas públicas externas à melhoria do sistema penitenciário. Contudo, segundo Mirabete (2023), a atuação do Conselho ainda é limitada devido à falta de integração entre os entes federativos e à carência de investimentos no setor.

A Lei de Execução Penal é um marco jurídico que reflete uma evolução significativa no trato das questões penais no Brasil. No entanto, a sua eficácia plena depende ainda de esforços contínuos para superar os entraves estruturais do sistema prisional e efetivar os direitos dos apenados.

Dessa forma, a partir da edição da LEP foram estabelecidos pela primeira vez, direitos e deveres do apenado durante o cumprimento da pena, tais como a possibilidade de progressão de regime e benefícios que poderiam ser adquiridos, a depender do bom comportamento e tempo de pena cumprido. Os códigos penitenciários anteriores se limitavam à organização dos estabelecimentos prisionais, de modo que a promulgação do texto legal revolucionou os aspectos da execução da pena.

1.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PROGRESSÃO DE REGIME

O Brasil adota o sistema progressivo de cumprimento da pena, sendo assim, ao integrar o sistema prisional o apenado tem a sua liberdade restringida por meio do isolamento carcerário, onde posteriormente será transferido para regimes menos rigorosos por meio da análise do aspecto objetivo que consiste no tempo de cumprimento da pena, além dos aspectos subjetivos de comportamento do preso.

A progressão de regime é um instituto jurídico previsto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), mais especificamente no artigo 112, que estabelece as condições para que o apenado possa ser transferido de um regime mais severo para outro mais brando, como parte de um processo de ressocialização. O objetivo desse mecanismo é garantir que o cumprimento da pena ocorra de forma gradativa, possibilitando ao condenado a reint

De acordo com Gomes (2009), a progressão de regime é um direito subjetivo do condenado que preenche os requisitos legais, funcionando como instrumento de estímulo ao bom comportamento

e à adesão às especificamente ressocializadoras da pena. Assim, para que a progressão seja concedida, é necessário que o apenado cumpra dois requisitos: o objetivo, relacionado ao tempo mínimo de cumprimento da pena, e o subjetivo, que avalia o comportamento

Assim sendo, cabe ressaltar que o Estado tem o dever de exercer seu poder de punir quando são cometidos atos definidos em lei como crime, ao mesmo tempo em que lhe cabe o dever de resguardar os direitos do condenado, de modo que ao aplicar a restrição de liberdade ao indivíduo, possa se alcançar um equilíbrio entre a punição e a reintegração social, medida preventiva de reincidência.

A saída temporária é destinada exclusivamente a apenados que se encontram no regime semiaberto. Por isso, para melhor compreensão do objeto de estudo, é necessário abordar brevemente os três tipos de regimes e suas particularidades.

Primeiramente, o regime fechado é destinado aos condenados com pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos, que são aplicadas a crimes de maior gravidade. Nesse regime, o condenado cumpre pena em estabelecimentos prisionais de segurança máxima ou média, como presídios ou penitenciárias. Embora o regime permita a realização de atividades laborais e educacionais nas dependências prisionais a fim de permitir a remissão de pena conforme o trabalho e estudo, ainda é restrito a poucas oportunidades de interação social e ressocialização externas ao ambiente prisional.

Em seguida, o regime semiaberto compreende condenados com penas superiores a 4 (quatro) e até 8 (oito) anos que cumprem sua pena em indústrias, colônia agrícola ou estabelecimento similar que visa promover a interação entre os reclusos, observado a ausência de reincidência em crimes dolosos. Neste regime, o apenado tem a possibilidade de trabalhar e estudar fora do estabelecimento penal durante o dia e no período noturno retorna às casas de albergado ou estabelecimento prisional.

Por fim, o regime aberto é o mais brando dos regimes e destina-se a penas de até 4 (quatro) anos ou aos casos de progressão do regime supracitado. Neste caso, o condenado deve cumprir as condições

estabelecidas pelo juiz, como recolhimento noturno e proibição de frequentar determinados lugares, mas com maior liberdade para circular e trabalhar. Além disso, há a possibilidade de determinação do monitoramento por tornozeleira eletrônica conforme preceitua o artigo 146-B, IV, da LEP.

Entretanto, a carência de casas de albergado no Brasil faz com que, muitas vezes, o regime aberto seja convertido em prisão domiciliar, onde o monitoramento do estado é reduzido e o sistema penitenciário enfrenta dificuldades em acompanhar o comportamento do condenado, visto que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção da prisão em regime prisional mais gravoso.

O Supremo Tribunal Federal (STF) contribuiu para o aprimoramento da aplicação da progressão do regime por meio de decisões que reafirmam os direitos dos apenados. Em julgamento de repercussão geral (RE 641.320/RS), o STF decidiu que a falta de vagas em regime semiaberto não pode impedir a progressão do regime, devendo o condenado cumprir a pena em regime mais brando, desde que preenchidos os requisitos legais.

Nesse sentido, a Súmula Vinculante 56-STF, dispõe que *“a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”*.

Diante disso, observa-se que a inexistência de estabelecimento prisional adequado ao cumprimento de seu regime não autoriza a manutenção do apenado em regime prisional mais gravoso, visto que viola princípios de individualização da pena e da legalidade, respectivamente, previstos nos incisos XLVI e XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal.

Além disso, ressalta-se que a prisão domiciliar é uma alternativa em situações excepcionais, atendidos requisitos específicos previstos no artigo 318 do CPP e 117 da LEP, os quais se diferem. Além de que essas medidas visam atender às necessidades humanitárias do condenado, sendo sujeito a revogação de benefícios ou regressão de regime caso descumpra as condições impostas.

O doutrinador Norberto Avena afirma que a progressão de regime prisional é baseada no princípio de individualização do cumprimento da pena a fim de garantir que a pena privativa de liberdade exerça sua função de reinserção social, de modo que a concessão da progressão é concedida apenas com a demonstração de condições do reeducando de adaptar-se ao regime menos rígido, a fim de viabilizar um retorno gradual ao convívio social, desde que cumpridos os requisitos legais (AVENA, 2014).

Em 2019, a inclusão do pacote anticrime alterou o artigo 112 da LEP em seu requisito objetivo (lapso temporal), além de expressar porcentagens para o cálculo da execução, conforme a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

- I. - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- II. - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- III. - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- IV. - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- V. - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº

- 13.964, de 2019) VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- VI. - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- VII. - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Somente com a progressão de regime, o preso tem condições de se preparar gradualmente para o retorno ao convívio social, evitando a libertação direta do regime fechado para a liberdade total sem uma transição adequada. Além disso, a proibição da progressão de regime violaria o princípio da dignidade humana, garantido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que assegura tratamento respeitoso e a proteção dos direitos fundamentais a todos os indivíduos.

Nesse contexto, a saída temporária surge como um benefício para detentos em regime semiaberto, permitindo que, mediante autorização judicial, saiam do estabelecimento prisional por um período determinado, sem vigilância direta.

Portanto, conforme o apenado vai progredindo de regime, mais é promovida sua ressocialização e reintegração social, para que fortaleça seus vínculos familiares e se sinta incentivado a educação e a qualificação profissional, para que se readapte ao convívio social.

1.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SAÍDA TEMPORÁRIA

Antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.843/2024, que revogou as saídas temporárias de presos, a Lei nº 7.210/84 (“LEP”), em seus artigos 122 e 125, que regulava o instituto da saída temporária para presos em regime semiaberto. Esse benefício permitia que os indivíduos que cumprissem pena no regime semiaberto, com exceção

de condenados por crimes hediondos com resultado morte, pudessem visitar seus familiares em determinados períodos do ano.

Apesar da inovação legislativa, cumpre destacar que a Lei nº 14.843/2024 segue o princípio da irretroatividade da lei, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Sendo assim, os condenados antes da vigência da referida lei que revoga as saídas temporárias gozam do benefício nos termos das regras vigentes na época de sua condenação.

O instituto, conforme previa o art. 122, permitia ao apenado a participação em atividades externas que possibilitassem a sua reintegração gradual à sociedade, principalmente por meio de permissões para visitas familiares, frequência a cursos supletivos ou de ensino médio e superior no local de execução da pena. Durante a saída, o preso poderia, caso fosse determinado pelo juiz, estar sujeito a monitoramento eletrônico, mesmo na ausência de vigilância direta.

A autorização para a saída temporária era de competência do juiz da execução, de modo que esse devia proferir decisão motivada e fundamentada para conceder ou negar o benefício. Para subsidiar a decisão com informações, o juiz consultava o Ministério Público e a administração penitenciária para verificar se os requisitos estavam sendo cumpridos pelo apenado.

Esses requisitos estavam estabelecidos no artigo 123 da LEP, sendo eles: **(i)** conduta adequada; **(ii)** cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) da pena para réus primários e 1/4 (um quarto) para

reincidentes; e **(iii)** compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Em relação ao tempo, o benefício podia ser concedido no máximo quatro vezes ao ano e cada saída poderia ter duração de até sete dias, conforme o artigo 124 da LEP. Para atividades educacionais ou profissionalizantes, o prazo de saída será o necessário para concluir as atividades. O artigo 124 também estabelecia que o juiz poderia impor condições adicionais, dependendo das circunstâncias e das condições do apenado, como fornecer o endereço onde ficaria hospedado, permanecer recolhido durante a noite e evitar bares, casas noturnas e estabelecimentos similares.

O artigo 125, por sua vez, determinava a revogação automática do benefício nas seguintes hipóteses: **(i)** caso o condenado cometesse crime doloso; **(ii)** caso fosse punido por falta grave; **(iii)** caso desrespeitasse as condições estabelecidas; ou **(iv)** não demonstrasse o aproveitamento em suas atividades educacionais. A retomada do direito à saída temporária dependia de absolvição em processos penais, cancelamento de punição disciplinar ou demonstração de bom comportamento.

Passados esses aspectos formais do instituto, cumpre abordar brevemente a função social das saídas temporárias, que segundo Boschi, exerce um papel crucial na ressocialização, pois, no contexto do sistema progressivo de penas, permite ao preso experiências no mundo externo, facilitando sua transição gradual para o regime aberto e seu retorno à comunidade (BOSCHI, 1989).

Ocorre que, muitas vezes o estudo empírico sobre o instituto encontra barreiras na cobertura midiática, que por sua vez, tende a veicular notícias sobre os presos que não retornam no período das saídas, bem como afirmam que as ocorrências de crimes aumentam nesse período. Esse tom utilizado em reportagens tende a deslegitimar o instituto e causar a sensação de insegurança na população.

A cobertura midiática do tema das saídas temporárias há muito tempo explora um discurso que associa o benefício a um “afrouxamento” das leis penais, o que alimenta percepções de

impunidade e insegurança na sociedade. Esse tom é também refletido nas declarações de parlamentares em sessões legislativas sobre o assunto, e iniciou ainda na proposição do Projeto de Lei nº 583/11, projeto que antecede o Projeto de Lei nº 2.253/2022. O sociólogo Loïc Wacquant, em seu livro *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, explora o conceito de “insegurança” e diferencia o sentimento de insegurança, um aspecto abordado nos discursos parlamentares que defendem uma legislação penal mais rigorosa no Brasil. Embora Wacquant trate das políticas punitivas no contexto dos Estados Unidos, sua análise também oferece uma perspectiva relevante para entender a situação brasileira.

O terceiro traço dessas políticas punitivas é que elas estão por toda a parte, espalhando um discurso alarmista, mesmo catastrofista, sobre a ‘insegurança’, animado por imagens marciais e difundido até a exaustão pelas mídias comerciais, pelos grandes partidos políticos e pelos profissionais da manutenção da ordem – policiais, magistrados, juristas, especialistas e vendedores de aconselhamento e serviços em ‘segurança urbana’ – que competem entre si na recomendação de remédios tão drásticos quanto simplistas. Este discurso, tecido por amálgamas, aproximações e exageros, é ampliado e ratificado pelas produções pré-fabricadas de uma certa sociologia de banca de jornal, que mistura, sem nenhum pudor, e de acordo com as exigências do novo senso comum político, brigas de pátio de escola, pixações nos corredores e motins nos grandes conjuntos habitacionais abandonados. (WACQUANT, 2007)

Como resposta a essa percepção, são propostas soluções que incluem punições mais duras e restritivas, além da eliminação de benefícios ou direitos dos detentos, previstos na legislação vigente. Nesse contexto, a saída temporária é vista como uma dessas concessões

a serem eliminadas, pois o instituto supostamente contribuiria para reforçar esse sentimento de insegurança ao permitir o retorno, ainda que temporário, de apenados ao convívio social (WACQUANT, 2007).

Para Luísa da Cruz Wendorff, passamos a compreender a superficialidade dos debates atuais sobre as políticas criminais no país, uma vez que essas discussões não estão amparadas por dados consistentes acerca do sistema carcerário brasileiro, abrindo espaço para que a mídia e pessoas públicas reproduzam informações errôneas referentes a dados como taxas de evasão das prisões durante as saídas temporárias ou taxas de reincidência.

Em seu trabalho, (WENDORFF, 2023) reflete que esse cenário desvela a urgência de uma sistematização de dados penitenciários, a nível estadual e nacional, a partir de uma metodologia efetiva para análise dos dados colhidos, a fim de modificar a situação de insuficiência ou incoerência de dados da realidade carcerária.

Ela cita em seu trabalho científico estudo relevante realizado por Daniel Nicory Prado, no qual ele analisa o retorno dos apenados após as saídas temporárias de um estabelecimento prisional da Região Metropolitana de Salvador (BA) nos anos de 2010 e 2011, a fim de traçar o perfil dos evadidos e quais seriam os principais fatores de risco para a evasão. A taxa foi de 91,65% de retorno no período e, a partir desse dado, o autor nos traz uma reflexão acerca da efetividade das saídas temporárias (PRADO, 2013):

O retorno de 91,65% dos internos, em gozo de saída temporária, será insatisfatório apenas para quem considerar que toda e qualquer evasão é suficiente para deslegitimar o instituto. Contra uma interpretação assim tão radical, só é possível responder a partir de uma fundamentação filosófica mais ampla: exigir 100% de retorno é desconhecer que o homem é um ser essencialmente livre, e que qualquer regra de conduta não só está sempre sujeita a ser descumprida, como só existe porque há a possibilidade de descumprimento. Generalizando essa posição radical, se se entender

que uma regra de comportamento só é bem-sucedida quando há 100% de cumprimento voluntário, estar-se-á decretando, de forma inapelável, a falência e a inutilidade de toda a ordem jurídica. Essa postura também representa um desconhecimento da essencial falibilidade humana. Por não ser perfeito, entre muitas outras coisas, nem sempre o homem se comporta tal como deveria, tal como se esperaria dele, e, além disso, seus atos frequentemente produzem efeitos diversos dos pretendidos.

As reflexões de Wendorff sobre o tema demonstram com clareza que o argumento em favor da extinção das saídas temporárias em razão da grande taxa de evasão dos presos, durante o período de fruição do benefício, se mostra infundado frente às estatísticas apresentadas (WENDORFF, 2013). Ainda, ela reflete que:

Tendo isso em vista, torna-se irrazoável a exigência de 100% de êxito de uma medida como a saída temporária, bem como é irrazoável invalidar o instituto a partir desse dado. Se utilizássemos dessa mesma lógica em relação à efetividade, por exemplo, do semáforo nos centros urbanos, poderíamos dizer que este não é efetivo uma vez que existe uma parcela diminuta dos motoristas que avançam no sinal vermelho e, portanto, tal sinal de trânsito e a sua observância pelos condutores deveriam ser extintas, o que é descabido. Dessa forma, podemos observar que a taxa de fuga das unidades penitenciárias durante as saídas temporárias dos apenados, em comparação a taxa de retorno, é pequena, tendo em vista que a maioria dos beneficiados pelo instituto voltam para o cumprimento da pena.

Porém, a visão do Congresso Nacional destoava da visão dos penalistas estudiosos, vez que o legislativo brasileiro, especialmente

por ter essa relação eleitoreira com a população, utiliza-se da pauta penal durante o exercício do cargo para se popularizar na mídia e na sociedade como um todo, revelando a tendência de proposições legislativas que pretendem um aumento da punitividade, fomentada pela ideia de que a segurança pública sempre está vinculada ao encarceramento e à imposição de medidas cada vez mais rígidas e restritivas.

Um exemplo disso é o Projeto de Lei nº 2.253/2022, aprovado no Senado Federal quase que por unanimidade para extinguir o benefício das saídas temporárias, desconsiderando todos os dados estatísticos e estudos apresentados por diversos atores públicos e privados, que demonstraram não haver correlação entre as saídas e o aumento da violência.

2. PROJETO DE LEI Nº 2.253/2022 E SUAS PRINCIPAIS DISCUSSÕES

No dia 23/02/2011 foi realizada a propositura do Projeto de Lei nº 583/2011 pelo Deputado Pedro Paulo (PMDB/RJ), cujo objeto era “dispor sobre o monitoramento por instrumentos de geolocalização para os indivíduos sujeitos ao sistema penitenciário da União Federal”.

O texto inicial apresentado, além de outras medidas, sugeria que a União Federal providenciasse pulseiras ou tornozeleiras eletronicamente monitoradas, com tecnologia de geolocalização GPS para os indivíduos autorizados a saída temporária de estabelecimento penal, sem vigilância direta (art. 1º, inciso VI, PL 583/2011).

A justificativa do projeto era de que o instituto das saídas temporárias causava desconforto à população pela conduta de uma parcela dos condenados que se aproveitavam da oportunidade de não de recolher ao sistema prisional ou de deixar os presídios sem vigilância direta, e assim voltavam a delinquir ou se evadiam. Veja-se alguns trechos do texto inicial apresentado:

A lei de execução penal vigente permite aos condenados no mínimo cinco saídas temporárias sem escoltas, em épocas como do Dia das Mães, Páscoa e Natal. Na última Páscoa, a liberdade provisória assegurada pelo indulto abrangeu cinco dias. Apenas no Estado de São Paulo, saíram 10.973 condenados dos quais 851 deixaram de retornar, o que corresponde a uma porcentagem de evasão de 7,78%.

Nossa imprensa divulgou que, ainda em São Paulo, em 2006, dentre os 11.087 presos autorizados a comemorar o Dia dos Pais com suas famílias, 808 não retornaram aos presídios, havendo dois falecidos em confronto com a polícia e trinta e dois sido detidos pela prática de crimes durante o período do indulto. Já no Dia das Mães, em 2007, dentre os 12.645 presos beneficiados pelo indulto, 965 não teriam retornado. A realidade nacional não é muito distinta. Não são raros os episódios envolvendo fugas de indivíduos submetidos à prisão domiciliar, evasão de condenados sujeitos aos regimes abertos ou semiaberto, evasão de beneficiário de indultos, etc. Tais fatos, além de provocarem a descrença no sistema prisional, fazem com que magistrados zelosos relutem em conceder benefícios a quem faça jus, por receio de futuras evasões e descumprimento de medidas.

Com base nisso, a intenção do legislador era viabilizar o rastreamento eletrônico dos condenados, como já ocorria em diversos países como os Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Suécia, Austrália, Japão, África do Sul, Portugal, a fim de que o Poder Público tivesse maior controle e fiscalização do cumprimento de deveres dos apenados quando da fruição de benefícios como o regime aberto, saídas temporárias, livramento condicional, etc., impondo-lhes valiosa disciplina.

Quanto a ressocialização do preso, o texto defendia que a metodologia de utilização das tornozeleiras eletrônicas permitiria a manutenção dos laços sociais do condenado com os seus familiares.

Após a submissão do projeto às comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e Constituição e Justiça e de Cidadania, foi encaminhado para publicação o relatório da comissão (BRASIL, 2013), com voto pela aprovação do projeto, mas na forma do substantivo apresentado na mesma ocasião.

Nas conclusões da comissão, a maior parte das regras relativas à autorização e à execução da monitoração eletrônica já integravam o sistema legal brasileiro, e que apenas não estão contempladas as seguintes hipóteses de emprego da monitoração eletrônica: 1) gozo de livramento condicional; 2) execução da pena nos regimes aberto e semiaberto; 3) restrição de direitos relativa à limitação de horários ou de frequência a determinados lugares; 4) substituição da prisão preventiva por monitoração eletrônica.

O substitutivo apresentado pela comissão pretendia acrescentar o art. 146-B na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e dentre outras disposições, previa no inciso VII a possibilidade de o juiz definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando houvesse autorização para o condenado sair temporariamente do estabelecimento penal, sem vigilância direta.

Após isso, ainda no ano de 2013 foi pensado ao projeto o PL nº 6.028/2013, de autoria do Deputado Guilherme Mussi, o qual tinha por objeto: “Acrescenta a alínea “i” no inciso V do art. 66 e altera os arts. 123 e 124 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) para monitorar e restringir o benefício da saída temporária de presos”.

A tramitação permaneceu paralisada até o ano de 2016, quando foram pensados também os PLs nº 4.428/2016 (Deputado Silas Freire) e 8.124/2017 (Deputado Ronaldo Carletto), os quais versavam sobre regras atinentes à saída temporária.

Fato é que, apenas em 2022 foi realizada sessão deliberativa no plenário da Câmara dos Deputados para o debate do tema. Nessa ocasião foram desapensados os Projetos de Lei nºs 4.428/2016, 6.028/2013 e 8.124/2017, em face de suas declarações de prejudicialidade, decorrente da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei

nº 583, de 2011, adotado pelo relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Na sessão plenária o substitutivo ao PL 583-A, de 2011, teve 311 (trezentos e onze) votos positivos, 98 (noventa e oito) votos negativos e apenas uma abstenção. Segue abaixo a transcrição do texto final aprovado, com destaques:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e extinguir o benefício da saída temporária. Art. 2º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 66.

- (revogado);

-

j) a utilização do equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado nas hipóteses legais.”(NR)

Art. 112.

§ 1º Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão.” (NR)

Art. 114.

II - apresentar, pelos seus antecedentes e pelos resultados do exame criminológico, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina, baixa periculosidade e senso de responsabilidade, ao novo regime.” (NR)

Art. 115. O juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, entre as quais, a fiscalização por monitoramento eletrônico,

sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:” (NR)

Art. 132.

§ 2º

e) utilizar equipamento de monitoração eletrônica.”(NR) Art. 146-B.

II – (revogado).

I – aplicar pena privativa de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes;

II – aplicar pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de frequência a lugares específicos;

III – conceder o livramento condicional.” (NR)

Art. 146-C.

Parágrafo único.

II – (revogado);

VIII – a revogação do livramento condicional;

IX – a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade.”(NR) Art. 3º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal):

I. - inciso III do *caput* do art. 23;

II. - inciso IV do *caput* do art. 66;

III. - alínea *i* do inciso I do *caput* do art. 81-B;

IV. - art. 122;

V. - art. 123;

VI. - art. 124;

VII.- art. 125;

VIII. – inciso II do *caput* do art. 146-B; e

IX. – inciso II do parágrafo único do art. 146-C.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Sala das Sessões, em 3 de agosto de 2022.

Foram revogados diversos dispositivos sobre as saídas temporárias, desde o artigo que previa a competência do juiz da execução para autorizar as saídas temporárias (art. 66, IV) até os artigos que previam a saída temporária para visitas à família e participação em atividades que concorram para o convívio social (art. 122, I e II).

Com a redação final aprovada pela Câmara dos Deputados, foi realizada a remessa do projeto para o Senado Federal, o qual foi apresentado como Projeto de Lei nº 2.253, de 2022 (PL nº 583, de 2011, na Casa de origem), que “Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e extinguir o benefício da saída temporária.”

O PL 2.253/2022 foi direcionado para receber o parecer legislativo da Comissão de Segurança Pública (“CSP”) cujo relator designado foi o Flávio Bolsonaro. Após o recebimento da matéria, emitiu relatório favorável ao projeto, ao argumento de que “a revogação do benefício da saída temporária, da mesma forma, é medida necessária e que certamente contribuirá para reduzir a criminalidade. São recorrentes os casos de presos detidos por cometerem infrações penais durante as saídas temporárias”.

Após a emissão do primeiro relatório legislativo, foram apresentadas emendas pelos Senadores Jorge Kajuru – PSB/GO (Emenda 1), Sérgio Moro – União/PR (Emenda 2), Fabiano Contarato – PT/ES (Emendas 3 e 4), Flávio Bolsonaro – PL/RJ (Emendas 5 e 6). Dessas emendas apenas as favoráveis ao projeto (Senadores Sérgio Moro e Flávio Bolsonaro) foram aprovadas pela Comissão de Segurança Pública.

Para identificar os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à proibição das saídas temporárias é necessária a imersão nos debates travados no Senado Federal, bem como a análise dos principais documentos produzidos pela casa revisora, das audiências públicas realizadas e dos pareceres juntados pelos principais atores políticos e sociais envolvidos no tema.

2.1 INÍCIO DOS DEBATES: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À PROIBIÇÃO DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS

Primeiramente, vale abordar que inicialmente, o projeto aprovado pela Câmara dos Deputados revogava totalmente o art. 122 da LEP e seus incisos, de modo que pretendia impedir qualquer tipo de saída temporária, inclusive a que previa a possibilidade de saída para frequência em curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução.

A Emenda 2, de autoria do Senador Sérgio Moro propôs a correção desse ponto para preservar o direito dos presos em regime semiaberto de estudar ou trabalhar. Segundo ele “estas sim, são atividades que podem contribuir para a reinserção social dos detentos e que são compatíveis com o regime de cumprimento de pena no semiaberto”. Contudo, sob o argumento de preservação da segurança da sociedade, propôs a vedação da saída para condenados por crime hediondo ou por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Durante a tramitação do projeto foram encaminhados para o Senado Federal diversas manifestações e notas técnicas para subsidiar o debate legislativo. Para filtrar melhor as discussões, foram selecionados apenas os documentos mais relevantes, fornecidos pelo Conselho Nacional de Política Criminal (CNPCP/SP) e Conselho Federal de Psicologia (CSP).

O Conselho Federal de Psicologia se manifestou em desfavor a proposta legislativa por entender que a modificação indica efeitos concretos de um apelo populista que remete ao anseio por excesso do *jus puniendi*, que faz eco ao lugar comum de uma análise que se restringe à relação entre o ato e o sujeito criminoso, desconsiderando a complexidade do contexto social e dos efeitos do processo de encarceramento.

Na concepção dos profissionais de psicologia, este tipo de análise, por sua vez, remonta ao positivismo lombrosiano, baseado no conceito de periculosidade que, embora ultrapassado, está muito presente no Código Penal brasileiro e, por conseguinte, na própria

formação de magistrados, além de prover a base para a popularidade desta concepção junto à população a partir do medo, com forte componente emocional difundido amplamente na grande mídia (BATISTA, 2014).

Ainda, é destacado que a medida, em sentido contrário a uma política penal direcionada à ressocialização de pessoas que cometem atos tipificados, configura-se como política de segurança pública voltada à população em liberdade e a sustentação de ideais marcados por uma concepção de crime - associada intrinsecamente a um perfil de criminoso que é inimigo da ordem social e precisa ser punido não somente pelo que fez, mas pelo que pode vir a fazer - e pelo racismo estrutural que media as sentenças e operações do sistema de justiça criminal que permitem a reprodução do sistema capitalista (ALMEIDA, 2016; 2019). Dessa forma, “variando suas justificativas, a neutralização de um sujeito capturado pelo sistema penal (inimigo, estranho, louco etc.), que carrega o signo de uma diferenciação, será sempre o alvo politicamente estipulado” (AMARAL, 2020, p. 308).

Seguindo o mesmo raciocínio, o Conselho Nacional de Política Criminal apresentou nota técnica recomendando ao Senado Federal a rejeição integral do projeto. Acrescentou que, conforme dados do Relatório de Informações Penais (RELIPEN, 2023), entre os meses de janeiro a junho de 2023, a taxa de não retorno entre os apenados beneficiados com a saída temporária em todo o Brasil foi de apenas 6,3%, tratando-se de um quantitativo ínfimo se comparado ao número daqueles que cumpriram com as determinações legais e retornaram ao seu ambiente de custódia, validando a sistemática progressiva e justificando a manutenção do benefício da saída temporária.

Apesar de todos os documentos apresentados ao Senado Federal para auxiliar na decisão dos parlamentares, a visão punitivista do Congresso Nacional prevaleceu. Durante as deliberações na sessão plenária é possível verificar que não foram levadas em consideração nenhuma das manifestações que trouxeram dados empíricos de como funciona na prática a concessão das saídas temporárias.

Assim, no dia 20/02/2024 foi realizada a Sessão Plenária do Senado Federal para a deliberação do projeto e das Emendas de plenário apresentadas pelos Senadores Carlos Viana (PODEMOS/MG) e Fabiano Contarato (PT/ES).

Durante a sessão plenária, foi destacado na fala do Senador Flávio Bolsonaro a diferença entre as saídas temporárias em feriados e as saídas para o preso estudar ou trabalhar fora do presídio. No raciocínio dele, apenas a saída para estudo e trabalho contribuía para a ressocialização:

Só para sintetizar, esse PL, que extingue as chamadas saídas, trata de outros dois temas muito importantes também.

Ele acaba com as saídas temporárias em feriados, o que é diferente da autorização para o preso estudar ou trabalhar fora do presídio quando em regime semiaberto ou em regime aberto. Disso o projeto não deve tratar. Originalmente, ele veio da Câmara com a revogação desse direito e, por intermédio de uma emenda do Senador Moro, de um consenso na Comissão de Segurança Pública para que o projeto avançasse, por ter total pertinência, obviamente, nós resgatamos esse instituto, que, de fato, contribui para ressocialização dos presos, que é a possibilidade de estudarem, de fazerem um curso profissionalizante. Ainda na sua fala, o senador argumenta, em síntese, que o Estado precisa responder aos anseios da sociedade em relação àqueles criminosos que estão sob sua custódia, e, nos casos em que esses criminosos ainda não estejam reintegrados ao convívio social, há a necessidade de impor mais rigor na fiscalização de apenados, em detrimento dos riscos que eles trazem à sociedade. Complementa ainda que, ao permitir que presos ainda não reintegrados ao convívio social se beneficiem da saída temporária, o poder público coloca toda a população em risco. Por outro lado, privar o acesso do condenado (por

crimes não violentos) a cursos que o habilitem para o trabalho ou aperfeiçoem a sua educação formal dificulta a sua ressocialização.

Após essa fala, o Senador Fabiano Contarato, da liderança do PT/ES liberou a bancada para votação, se manifestando em favor da revogação do benefício da saída temporária. O senador, que também foi delegado de polícia por 27 anos e professor de Direito Penal e Processo Pena argumentou que o sistema prisional brasileiro já oferece muitos benefícios aos apenados e que não é justo uma pessoa que comete crimes graves e tem uma rápida progressão de regime, gozar do benefício da saída temporária.

Sobre isso, ele aborda algumas questões sobre a tendência do direito penal moderno, que faz com que o condenado fique pouco tempo em regime fechado e ainda tenha direito às saídas temporárias:

Na tendência do direito penal moderno, o juiz, quando faz a dosimetria da pena, atendendo ao sistema trifásico de Néelson Hungria, tende a ir para a pena mínima. Ou seja, seis anos. Com um sexto de cumprimento da pena, ele tem a progressão do regime. A cada três dias de trabalho, ele ganha um. É a remição de pena pelo trabalho. Então, se ele trabalhar três anos, equivale a quatro anos. E, com um terço da pena, o art. 83 estabelece que ele vai ter direito ao livramento condicional.

Então, como você explica que uma pessoa que praticou dolosamente um homicídio – e o principal bem jurídico é a vida humana –, com disparo de arma de fogo, e foi condenado a nove anos não vai ficar nem sequer três anos preso?

Além da progressão de regime de cumprimento de pena, além da remição de pena pelo trabalho, além da comutação de pena, além do livramento condicional, **ainda tem direito à saída temporária de 35 dias. Ou seja, aquela pessoa que foi condenada a nove anos**

de cadeia vai ficar menos de três anos, ou dois anos cumprindo a pena efetivamente. Então, por essa razão é que eu, não como Líder do PT, mas sim, como Senador eleito pelo Estado do Espírito Santo, vou liberar a bancada. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2024). – grifo nosso

Em seguida, o Senador Sérgio Moro aborda que nas saídas temporárias ocorridas nos feriados, as forças de segurança que já são sobrecarregadas, que já são extremamente atarefadas, têm que ser mobilizadas para buscar esses foragidos. Ele cita como exemplo, o percentual de 14% (quatorze por cento) de presos foragidos na saída de Natal no ano de 2022, ocorrida no Estado do Paraná e conclui sua fala demonstrando apoio apenas as saídas para trabalho e estudo.

Durante a sessão foi citado como exemplo pelos parlamentares o caso emblemático ocorrido no feriado em Minas Gerais, que envolveu o assassinato do Sargento Roger Dias por um preso liberado na saidinha. O exemplo foi utilizado em diversas oportunidades, nas quais os parlamentares também destacavam a dor dos familiares que perdiam seus entes em razão de crimes cometidos durante as saidinhas. Durante sua fala, o Senador Carlos Viana destaca que

durante 23 anos como jornalista, eu vi criminosos que cometiam os piores absurdos eram liberados e, na liberação, acabavam matando outras pessoas. O sargento mineiro foi morto por um que tem mais de 18 passagens – 18, Senador Cleitinho –, várias delas de crime hediondo; ele foi liberado e matou um policial, um jovem a serviço da sociedade.

Ele pondera que a lei visa corrigir o ponto principal na carreira policial brasileira: tornar a profissão de policial menos perigosa. Argumenta que a profissão exige sempre a convivência com o risco,

mas, se você tem criminosos que foram presos, condenados, que estão colocados na cadeia, a vida do policial se torna menos perigosa.

É importante destacar que durante a sessão não ocorreu nenhuma fala desfavorável ao projeto, sendo a discussão encerrada e o projeto votado pela casa revisora. De um total de 66 (sessenta e seis) presentes, 62 (sessenta e dois) senadores votaram a favor do projeto, 2 (dois) senadores votaram contra, sendo apenas uma abstenção.

Após a aprovação do projeto, este foi remetido para a Câmara dos Deputados, que por sua vez, encaminhou para a sanção no dia 25/03/2024.

Ao passar pela Presidência da República, o projeto foi transformado em norma jurídica com veto parcial. Por meio da mensagem de Veto Parcial nº 144 de 11/04/2024, foi comunicado ao Presidente do Senado Federal que após ouvidos o Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, o Ministério da Igualdade Racial e a Advocacia-Geral da União, foram vetados os seguintes dispositivos do Projeto de Lei:

Art. 2º do Projeto de Lei, na parte em que altera os incisos I e III do caput do art. 122 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984

“I - (revogado);”

“III - (revogado).”

Inciso I do caput do art. 3º do Projeto de Lei

I - incisos I e III do caput do art. 122; Com isso, foram revogados os incisos I e III do caput do art. 122, da Lei de Execução Penal, que previam, respectivamente: i) a possibilidade de visita à família (inciso I); e ii) a participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (inciso III).

Nas razões do veto, foi mencionado que a proposta de revogação do direito à visita familiar, enquanto modalidade de saída temporária, restringiria o direito do apenado ao convívio familiar, de modo a

ocasionar o enfraquecimento dos laços afetivo-familiares que já são afetados pela própria situação de aprisionamento.

Ainda, foi ponderado que, à luz dos delineamentos declarados pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 347, a manutenção de visita esporádica à família minimiza os efeitos do cárcere e favorece o paulatino retorno ao convívio social. Nesse sentido, argumenta que a medida não se dá por discricionariedade estatal, mas, sim, pela normatividade da Constituição, que, ao vedar o aprisionamento perpétuo, sinaliza, por via reflexa, a relevância da diligência pública no modo de regresso da população carcerária à sociedade.

Apesar do veto parcial do Presidente da República, o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional e o Projeto de Lei nº 2.253, de 2022 foi promulgado e incorporado à Lei nº 14.843, de 11 de abril de 2024.

Em suma, a lei sancionada encerrou as saídas temporárias de presos no Brasil que antes eram concedidas a presos do regime semiaberto que apresentavam bom comportamento e cumpriam requisitos como ter cumprido parte da pena e estarem envolvidos em atividades de ressocialização. O principal objetivo era manter o vínculo social e familiar dos detentos, favorecendo a reintegração social ao término da pena.

As controvérsias sobre o assunto não se encerraram, pois a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7663, apresentada pela Associação Nacional da Advocacia Criminal, que questiona a constitucionalidade do fim das saídas temporárias.

No âmbito da ADI, a associação argumenta que a nova lei contraria os princípios constitucionais, especialmente o da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Este princípio visa a garantir que cada pena seja adaptada às características do condenado e que, conseqüentemente, possa atender ao objetivo de ressocialização. Os opositores da nova lei defendem que as saídas temporárias contribuem para a reintegração gradual dos presos, reduzindo a reincidência e facilitando o retorno à sociedade. Por

outro lado, defensores da Lei nº 14.843 argumentam que as saídas temporárias geravam insegurança para a sociedade, uma vez que alguns presos com histórico de violência poderiam utilizar o benefício para cometer novos crimes. Para eles, o fim das saídas temporárias representaria uma resposta do Estado à demanda social por maior segurança, reforçando a confiança da população nas políticas de segurança pública.

Portanto, será realizado adiante o estudo de caso da ADI nº 7663/2024, pois a decisão da Suprema Corte terá impacto relevante na execução penal e no sistema prisional brasileiro, com repercussões tanto para os detentos quanto para a sociedade. Para isso, serão identificados os diversos debates doutrinários e posicionamentos divergentes sobre o tema, já que a ação pretende a declaração de inconstitucionalidade da norma recém aprovada pelo Congresso Nacional.

3. BREVE ESTUDO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7663/2024

No dia 3 de junho de 2024 foi proposta pela Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM), a ADI nº 7663, contra a Lei nº 14.843/2024, que revogou as saídas temporárias de presos. A ação pretende a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos da nova redação dos artigos 112, § 1º, e 114, inc. II, da Lei nº 7.210/84, até o julgamento definitivo da ação, e no mérito, pretende a declaração de inconstitucionalidade da modificação dos artigos 112, § 1º, e 114, inc. II, da Lei nº 7.210/84 pela Lei nº 14.843/2024, restabelecendo-se a redação anterior.

Em sua fundamentação, a ANACRIM elenca uma série de argumentos para subsidiar seus pedidos. O primeiro argumento se refere a violação da dignidade da pessoa humana, pois segundo a associação, a extinção das saídas temporárias contraria o princípio constitucional da dignidade humana prevista no art. 1º, III, CF, pois

dificulta a reintegração dos presos e aumenta os efeitos negativos do encarceramento.

Além disso, defende que a revogação do direito de visita familiar, um dos pilares das saídas temporárias, é vista como uma violação do art. 226 da Constituição Federal, que assegura proteção especial à família. A ANACRIM argumenta que o fortalecimento de laços familiares contribui para a ressocialização.

Em relação ao princípio de individualização da pena, argumenta que a extinção das saídas temporárias impede a individualização da pena, pois retira do sistema carcerário um dos meios de promover o retorno gradual e responsável dos apenados à sociedade, além de violar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos quais o Brasil assumiu os compromissos de tratamento digno e ressocialização dos presos.

Em resumo, os dispositivos constitucionais violados, segundo a ANACRIM são:

1. A Constituição, em seu art. 1º, inc. III, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A revogação dos direitos de visita familiar e participação em atividades sociais dos presos viola diretamente esse princípio.
2. O art. 5º, inc. XLVII, al. “b”, da Constituição, veda a pena de caráter perpétuo, estabelecendo implicitamente a necessidade de mecanismos que favoreçam a reintegração social dos presos. A revogação desses dispositivos compromete a reintegração dos apenados, contrariando essa vedação constitucional.
3. O art. 226 da Constituição consagra a família como base da sociedade e garante sua especial proteção pelo Estado. A revogação do direito de visita familiar enfraquece os laços familiares dos presos, violando essa proteção especial conferida à família.

4. O art. 5º, inc. X, da Constituição, assegura o direito à intimidade e à vida privada, que inclui o direito dos presos ao convívio familiar, essencial para a manutenção de suas relações afetivas.
5. O art. 5º, inc. LIV, da Constituição, estabelece o princípio do devido processo legal, que abrange a reintegração social dos presos como parte integrante da execução penal. A revogação desses direitos interfere no cumprimento adequado das finalidades da pena, contrariando esse princípio.

Em relação aos fundamentos jurídicos internacionais, a ANACRIM elenca os seguintes dispositivos:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)

Artigo 7: Ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Artigo 10:

1. Toda pessoa privada de liberdade será tratada com humanidade e respeito pela dignidade inerente à pessoa humana.
2. As pessoas privadas de liberdade serão tratadas com humanidade e com respeito pela dignidade inerente ao ser humano.
3. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

Artigo 5 - Direito à integridade pessoal:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra ou reputação.

Ato contínuo, em junho de 2024 foi apresentado pedido de ingresso nos autos como *amicus curiae* pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro (OAB/RJ), para que seja admitido seu direito a manifestações, apresentação de razões e sustentação oral no processo.

A OAB/RJ justifica seu interesse argumentando que a proibição das saídas temporárias de presos do regime semiaberto, como visitas familiares e atividades de ressocialização, fere a Constituição e viola direitos humanos, temas de interesse direto da instituição. Os principais argumentos apresentados são a missão institucional da OAB, que por sua natureza jurídica e histórica, possui a missão de defender a Constituição, a ordem jurídica e os direitos humanos.

No dia 10 de junho de 2024, foi proferida decisão monocrática do Ministro Relator Edson Fachin, na qual reconheceu a legitimidade ativa da ANACRIM para a propositura da ação e entendeu que a matéria apresentada ostenta relevância e possui especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica, e com base nisso, aplicou o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 1999.

Ou seja, foram solicitadas informações à Presidência da República e ao Congresso Nacional, no prazo comum de dez dias. Em seguida, determinou que fossem colhidas as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias.

Isto porque, segundo o relator, a apreciação da ação abarca o cotejo empírico de dados relacionados ao sistema prisional brasileiro. Por isso, solicitou também a manifestação e eventuais relatórios e

informações do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), no prazo de dez dias.

Somente após essas manifestações da Presidência da República, Congresso Nacional, Advogado-Geral da União, Procurador-Geral da República e Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), é que a análise dos pedidos de ingresso como *amicus curiae* seriam realizados.

Após a decisão, foi realizado em 11 de julho de 2024 novo pedido de ingresso como *amicus curiae*, realizado pela Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-Prefeitos do Brasil (ANPV), ocasião na qual argumenta que a revogação das saídas temporárias para visitas à família e reintegração social viola princípios constitucionais, como a dignidade humana e a individualização da pena, além de representar um retrocesso em direitos fundamentais. A entidade busca contribuir para o debate, dada a relevância social e política da matéria, e pede julgamento em plenário presencial.

Na sequência, o Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais (CPECC) também apresenta pedido de ingresso nos autos como *amicus curiae* e argumenta que as alterações legislativas são prejudiciais, pois limitam a reintegração social dos presos e podem agravar a situação do sistema carcerário. A entidade destaca sua qualificação e experiência em ciências criminais, citando sua contribuição acadêmica e social, e por fim, solicita a participação para fornecer parecer técnico e sustentação oral no julgamento da ação.

Além desses pedidos, também solicitaram ingresso como *amicus curiae*: a Defensoria Pública da União (DPU), a Conecta Direitos Humanos, o Instituto de Ciências Penais (ICP) e Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).

Na análise dos pedidos de ingresso como *amicus curiae*, a petição apresentada pelo Instituto de Ciências Penais trouxe muitos elementos de análise, os quais vale abordar resumidamente. O ICP entende que

a alteração legislativa pendeu a balança para priorizar a resposta punitiva em detrimento do restabelecimento dos laços sociais pelos apenados que, invariavelmente, perpassam pelo refazimento dos laços familiares, sendo a família um dos primeiros núcleos sociais que geralmente acolhem os egressos.

Na visão do ICP é falacioso o argumento que sustentou o projeto de lei que deu origem à Lei 14.843/24 no sentido de que a restrição à saída temporária contribuiria para redução da criminalidade, pois segundo dados divulgados pela imprensa, no Brasil, 95% dos apenados beneficiados com a saída temporária no Natal retornaram à unidade prisional para dar seguimento ao cumprimento de pena. Em Minas Gerais, de, aproximadamente, 3.600 apenados que saíram nesta ocasião, apenas 160 não retornaram, passando, então, a ostentar a condição de foragidos.

Com base nisso tece a crítica de que fora desconsiderado que 95% (noventa e cinco) dos apenados cumprem regularmente as condições para o exercício desse direito, de modo que *“se extinguiu um direito próprio do sistema progressivo de penas, ancorado no objetivo de promoção de condições para a harmônica reintegração social do apenado, pautado nos 5% dos apenados que abandona(ram) o cumprimento da pena”*.

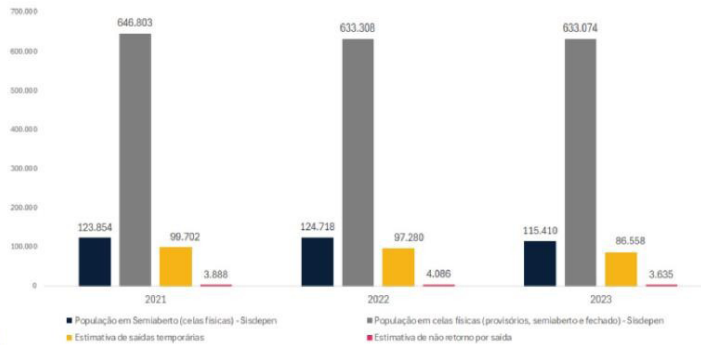
No dia 2 de julho de 2024 foram fornecidas informações relevantes pelo CNJ, por meio do Relatório de Impactos da Lei nº 14.843/2024 e dados sobre as saídas temporárias. Foram apresentadas evidências empíricas do SISDEPEN e da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo (SAP/SP).

Os dados colhidos pelo DMF entre 2021 e 2023 demonstram: (1) que o percentual de pessoas que não retornam às unidades prisionais é inferior a 5%, e que (2) as ocorrências criminais, durante o período do exercício do direito, não sofrem qualquer alteração significativa. Os dados referentes aos últimos três anos mostram que a taxa de não retorno por saída oscila entre 3,9% e 4,2%. Concluiu-se, portanto, que entre 96,1% e 95,8% do total de pessoas retorna às unidades prisionais após uma saída temporária. Veja abaixo demonstrativo juntado pelo CNJ:

SAÍDAS
TEMPORÁRIAS

Estimativa de saídas temporárias

Média de não-retorno de 4,1%



Fonte: Sisdepen e produção própria a partir de dados SAP/SP

Ainda, foram colhidos dados do SEEU em todo o país. O CNJ apresenta a seguinte tabela exemplificativa:

SAÍDAS
TEMPORÁRIAS

Insuficiência de registros no SEEU sobre saídas temporárias

Semi aberto
SEEU

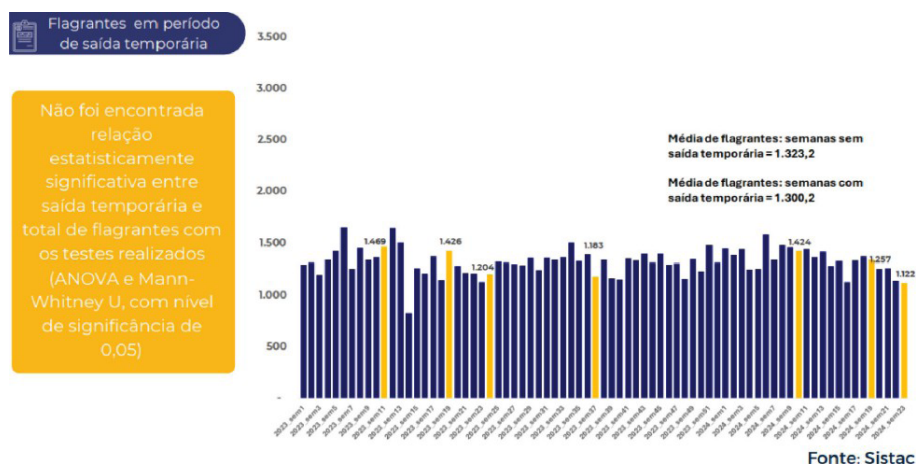
Ano	Média de Saídas Temporárias Por Pessoa	População Total Semiaberto	População Não Retorno	Total Saídas Temporárias	Percentual de não retorno
2020	0,91	147.787	65	16.537	0,39%
2021	0,87	146.548	109	17.494	0,62%
2022	0,98	139.109	229	22.709	1,01%
2023	0,99	118.956	152	21.944	0,69%

Fonte: SEEU

Para uma análise acerca da repercussão das saídas temporárias na segurança pública, o CNJ analisou os registros no Sistema de Audiência de Custódia – Sistac/CNJ no estado de São Paulo para comparar o total de flagrantes entre as semanas sem saída temporária e as semanas com saída temporária.

A partir de consulta às informações disponibilizadas no site da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, o CNJ comparou o total de boletins de ocorrência registrados entre as semanas sem saída

temporária (média de 23.306 BOs) e as semanas com saída (média de 23.321 BOs). Pelo gráfico apresentado, a quantidade de flagrantes nas semanas com saída temporária foi inferior ao período sem saídas. Veja-se:



Diante de tais dados, o CNJ concluiu que a alteração do regime jurídico das saídas temporárias promovida pela Lei 14.843/2024, sob o argumento de não retorno de grandes contingentes de apenados e do cometimento de novos crimes, não encontra amparo em evidências.

Ainda, complementa a redução das oportunidades de reconstrução e fortalecimento das relações familiares e comunitárias de pessoas em cumprimento de pena vai de encontro ao objetivo de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (artigo 1º da LEP) e acaba por fazer aumentar a pressão dentro dos estabelecimentos prisionais,

No dia 21 de agosto de 2024 a Advocacia-Geral da União apresentou sua manifestação pela procedência parcial do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º (na parte em que revogou os incisos I e III do *caput* do art. 122 da Lei nº 7.210/1984) e do inciso I do art. 3º da Lei nº 14.843/2024.

A AGU argumenta que a reintegração social do condenado é um dos objetivos do cumprimento da pena, de modo que há de se garantir

uma progressividade nesse cumprimento, de acordo com os méritos de cada um, ou seja, de forma individualizada. Ainda, cita precedente paradigmático do Supremo Tribunal Federal, no qual declarou a inconstitucionalidade de lei que estabelecia o cumprimento de toda a pena em regime fechado. Veja-se:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A

progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90-INCONSTITUCIONALIDADE-EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. **Conflita com a garantia da individualização da pena -artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.** Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC nº 82.959, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 23/02/2006; Publicação em 1º/09/2006. Grifou-se

Para a AGU, o benefício da saída temporária de presos integra o arcabouço legal que individualiza a execução da pena, tendo em vista a reintegração social do condenado, quando já em regime semiaberto, o internado tem direito a pequenas saídas do estabelecimento prisional, em hipóteses que reforcem seus laços de pertencimento à sociedade e estimulem seu senso de responsabilidade.

Nesse cenário, argumenta que ao extinguir a saída temporária de presos para visita à família e para a participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (incisos I e III do *caput* do

art. 122 da Lei nº 7.210/1984), o artigo 2º e o inciso I do art. 3º da Lei nº 14.843/2024 desrespeitaram a Constituição, especificamente o inciso XLVI de seu art. 5º (princípio da individualização da pena).

Em continuidade, a AGU faz alusão ao documento juntado pelo CNJ e pondera que a restrição das saídas temporárias não possui correlação significativa com a proteção da segurança pública., já que o percentual de pessoas que não retornam às unidades prisionais é inferior a 5%, e as ocorrências criminais, durante o período do exercício do direito, não sofrem qualquer alteração significativa.

Com base nisso defende a inconstitucionalidade do art. 2º (na parte em que revogou os incisos I e III do *caput* do art. 122 da Lei nº 7.210/1984) e do inciso I do art. 3º da Lei nº 14.843/2024., pois em seu entendimento, nesses pontos, o legislador foi além do mero estabelecimento de política criminal, violando a Constituição diretamente.

Após a manifestação da AGU foi aberto prazo de vista para a PGR, a fim de que se manifeste nos autos. Atualmente aguarda-se a manifestação dos demais órgãos estatais, a apreciação dos pedidos de ingresso como *amicus curiae* e a definição de pauta em plenário para deliberação dos ministros. Ainda não se sabe se serão designadas audiências públicas para auxiliar nas deliberações.

Em suma, o STF enfrentará mais um grande desafio de interpretação constitucional, sendo necessária uma postura cuidadosa e comprometida com a interpretação constitucional fundamentada e independente, com o estabelecimento de um equilíbrio entre garantir os direitos dos humanos e respeitar as competências dos outros poderes.

Portanto, verifica-se que apesar a rigidez do Poder Legislativo na defesa da segurança pública, entende-se por meio do estudo da ADI e dos dados apresentados pelo CNJ que é necessário haver mudanças na norma para atender ao interesse social, porém, com o estabelecimento de um equilíbrio para se evitar a violação ao princípio de individualização da pena e dos direitos humanos.

No seguinte capítulo serão sugeridas possíveis alternativas de mudanças na legislação atual para permitir o benefício, mas com maior rigidez nas suas concessões, a fim de garantir um equilíbrio entre a ressocialização dos presos e a segurança da população.

3.1 POSSÍVEIS MEDIDAS PARA O EQUILÍBRIO ENTRE A RESSOCIALIZAÇÃO DOS PRESOS E A SEGURANÇA PÚBLICA

O sistema prisional brasileiro enfrenta desafios importantes relacionados à ressocialização de presos e à garantia da segurança pública. Historicamente, como as prisões têm vistas como espaços de proteção, mas especialistas argumentam que a reintegração social deve ser o objetivo principal das penas privativas de liberdade, conforme previsto no Artigo 1º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). No entanto, a efetivação desse equilíbrio exige medidas específicas e estruturadas.

Por meio do estudo da tramitação e discussões travadas no PL nº 2.253/2022 e na ADI nº 7663/2024, verificou-se que a discussão sobre o fim das saídas temporárias de presos traz argumentos favoráveis e desfavoráveis, principalmente em relação aos impactos na ressocialização dos apenados, segurança pública e direitos fundamentais. Essas saídas, previstas na Lei de Execução Penal, permitem que presos em regime semiaberto, com bom comportamento, saiam temporariamente para visita à família, estudo, trabalho, entre outros fins que contribuem para a reintegração social.

Em resumo, os principais argumentos favoráveis ao fim das saídas temporárias são:

(i) a redução da criminalidade e da insegurança pública, supostamente causada pelos delitos cometidos durante as saídas temporárias; **(ii)** o controle e redução de fugas, pois supostamente eliminaria a possibilidade de fuga durante o período de liberdade; **(iii)** o sentimento de justiça da sociedade; **(iv)** a redução da gestão e

do monitoramento das saídas, pois demandam recursos públicos e trabalho da administração prisional.

Por outro lado, os principais argumentos desfavoráveis ao fim das saídas temporárias são: **(i)** as saídas ajudam na ressocialização dos presos, permitindo contato com a família e a sociedade, o que é um incentivo à boa conduta e à reintegração; **(ii)** a humanização do cumprimento da pena e respeitam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana;

(iii) violação do princípio de individualização da pena, visto que a saída temporária, que é concedida apenas a presos com bom comportamento e após critérios específicos, é parte desse processo de individualização; **(iv)** a função da pena não é apenas punitiva, mas também ressocializadora, de modo que o fim das saídas temporárias enfraquece essa função, dificultando o retorno dos apenados ao convívio social e aumentando o risco de exclusão e marginalização ao término da pena.

Em resumo, enquanto os argumentos favoráveis ao fim das saídas temporárias tendem a focar na segurança pública e na punição, os argumentos contrários destacam os benefícios da ressocialização e os direitos humanos dos presos.

A questão, portanto, envolve o desafio de equilibrar a segurança da sociedade com a necessidade de promover a reintegração e a dignidade dos apenados.

Diante do estudo, vê-se que a saída temporária é imprescindível à execução penal, na medida em que configura uma etapa preparatória para a liberdade definitiva, não se tratando de um fim em si, mas de um estágio para o alcance do fim ressocializador, cuja concessão pressupõe o atendimento dos requisitos legais.

Nesse sentido, a saída temporária exige decisão motivada do juiz da execução penal, com prévia oitiva da administração penitenciária e do Ministério Público. Além de se exigir o cumprimento da pena, o benefício não se aplicava aos presos sob o regime fechado, ou seja, era condição necessária que o interno estivesse em regime semiaberto.

Somado a isso, era preciso que o interno cumprisse também os requisitos subjetivos como comportamento adequado, constatado em certidão de conduta carcerária.

Durante o período das saídas temporárias, o apenado tinha a oportunidade de convívio familiar e social, pois podia realizar as atividades cotidianas diferentes daquelas feitas em ambiente de privação de liberdade. Isso, por si só, gera um sentimento de pertencimento à sociedade e traz à tona o senso de responsabilidade.

A extinção do direito em questão, contraria a essência da estrutura do sistema prisional brasileiro, que busca utilizar-se da progressividade da pena como instrumento de retomada do indivíduo perante a sociedade.

A saída temporária, portanto, é imprescindível à execução penal, o que não significa que o benefício não é imune a críticas e pode ser aprimorado por meio de algumas mudanças, como exemplo, a adoção da saída temporária dispersa, como opção para que se apure de forma mais individualizada a conduta de cada um dos beneficiados.

A saída temporária dispersa é uma modalidade de saída temporária que permite ao preso deixar o estabelecimento prisional em dias que não coincidem necessariamente com as datas tradicionais de saída, como feriados ou datas comemorativas. Esse tipo de saída é concedido de forma dispersa ao longo do ano, atendendo a necessidades específicas do preso, como compromissos de trabalho, participação em cursos ou eventos familiares importantes, e não se limita a épocas festivas, como ocorre na saída temporária tradicional.

Outra medida que poderia ser mais eficaz seria a implementação do uso de monitoramento eletrônico para presos durante as saídas temporárias, por meio de tornozeleiras eletrônicas. Embora isso demande custos, facilitaria o controle dos movimentos e permitiria rápida ação em caso de violação de rotas pré-definidas.

Além disso, outra medida não muito criativa poderia ser tornar os critérios de concessão mais rigorosos, focando no histórico do preso, em avaliações de comportamento e em relatórios detalhados de psicólogos e assistentes sociais. Presos com histórico de tentativas

de fuga ou reincidência em faltas graves poderiam ser excluídos das saídas temporárias, de modo que a concessão do benefício fosse condicionada a realização do exame criminológico.

Sendo assim, sobre o exame, trata-se de um exame realizado por profissionais multidisciplinares (médicos, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais), não parece adequada a obrigatoriedade de sua realização por apenados que em seu cumprimento de pena não tenham apresentado faltas ou problemas de indisciplina, tal medida evitaria a demora da concessão do benefício e desoneraria consideravelmente os cofres públicos.

Segundo o relatório publicado pelo CNJ, estão previstos gastos de 6 (seis) bilhões de reais ao erário, além de atrasar em média um ano a progressão regime de até 283 mil pessoas, isto posto, presume-se que a concessão das saídas temporárias para fins de trabalho e educacionais será prejudicada no seu lapso temporal dado os impactos apresentados pelo documento.

Além disso, não parece justo que os condenados que apresentam uma boa conduta carcerária sejam prejudicados em razão de um quantitativo baixo de evasões, pois devem ser punidos os presos que realizam fuga ou cometem faltas graves.

Desse modo, as reavaliações periódicas dos presos aptos a usufruir das saídas temporárias poderiam contribuir para permitir que só aqueles que demonstrem constante progresso e comprometimento com a ressocialização continuem elegíveis para o benefício.

Por fim, as saídas temporárias também poderiam ser condicionadas, em algumas hipóteses, à participação dos presos em programas de voluntariado ou atividades de impacto positivo à sociedade a serem oferecidas inicialmente em parcerias com empresas nos ramos de construção, educação e administração.

Ademais, seria interessante a apresentação de projetos de construção de centros de reinclusão social que disponibilizem cursos profissionalizantes e oportunidades de emprego para o detento que se encontra no regime semiaberto, tornando a sua saída em uma

oportunidade de reintegração mais estruturada, a fim de evitar a reincidência criminal.

Tais mudanças podem fortalecer a função ressocializadora das saídas temporárias, oferecendo maior segurança à sociedade e apoio ao preso em seu processo de reintegração, o que balancearia a relação entre a ressocialização dos presos e a segurança pública.

Uma das abordagens mais práticas para promover a ressocialização é a oferta de educação e trabalho dentro do sistema prisional. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), detentos que participam de programas educacionais têm uma menor taxa de reincidência criminal. De acordo com Foucault (1975), “a prisão deve funcionar como um mecanismo para transformar indivíduos, corrigindo comportamentos e promovendo a disciplina”. No entanto, a realidade brasileira mostra que menos de 15% dos detentos têm acesso a alguma forma de trabalho, enquanto a educação básica ainda é uma lacuna para grande parte da população carcerária.

Além disso, a ampliação dos programas de justiça restaurativa é uma estratégia que vem ganhando destaque. Este modelo busca envolver tanto o infrator quanto a vítima e a comunidade em um processo de reposição, responsabilização e reconciliação. Segundo Zehr (2002), “a justiça restaurativa é uma tentativa de construir pontes entre o comportamento comportamental e a restauração das relações sociais”. Em contextos onde a segurança pública é prioridade, esse modelo também pode ajudar a diminuir os índices de reincidência, reduzir a sobrecarga dos sistemas prisionais e aumentar a confiança da sociedade no sistema de justiça.

A segurança pública, por sua vez, não pode ser negligenciada nesse processo. Políticas que garantam a capacitação de agentes penitenciários e a melhoria da infraestrutura das prisões são fundamentais para prevenir motins, fugas e a atuação de facções criminosas. Como destaca Adorno (1991), “a crise do sistema prisional está intimamente ligada à sua incapacidade de lidar com a superlotação e com a falta de políticas ressocializadoras eficazes”.

O equilíbrio entre ressocialização e segurança pública não é um objetivo inalcançável, mas requer vontade política, investimento e um compromisso coletivo com os princípios fundamentais de justiça e dignidade. Como afirmou Wacquant (2001), “o sucesso das sociedades modernas está em transformar a fuga em uma ferramenta de assistência social, não de exclusão permanente”.

Por fim, é importante o envolvimento de vários setores na formulação dessas políticas, incluindo organizações não governamentais, universidades e o setor privado. A parceria público-privada, por exemplo, pode ser uma alternativa para ampliar os recursos destinados à reinserção social, além de contribuir para a construção de novos presídios que atendam aos padrões internacionais de direitos humanos.

CONCLUSÃO

Com base no estudo realizado, foi possível examinar o benefício da saída temporária de presos para visita familiar e identificar se os resultados contribuem para a ressocialização dos presos ou se aumentam a insegurança pública no Brasil.

No primeiro capítulo, vimos que a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) é um marco fundamental na história do sistema penitenciário brasileiro, dada a importância de garantia de direitos dos presos e de sua ressocialização, pois estabelece uma estrutura normativa para o cumprimento das penas, na medida em que dá ênfase na humanização do tratamento penal e no retorno gradual do reeducando à sociedade.

Nessa toada, a partir da edição da LEP é que foram estabelecidos pela primeira vez, direitos e deveres do apenado durante o cumprimento da pena, tais como a possibilidade de progressão de regime e benefícios que poderiam ser adquiridos, a depender do bom comportamento e tempo de pena cumprido. Os códigos penitenciários anteriores se limitavam à organização dos estabelecimentos prisionais, de modo que a promulgação do texto legal revolucionou os aspectos da execução da pena.

É nesse contexto de valorização da dignidade da pessoa humana, de respeito ao princípio da individualização da pena e de progressividade de regime que surge o benefício da saída temporária para presos em regime semiaberto.

Esse benefício permitia que os indivíduos que cumprissem pena no regime semiaberto, com exceção de condenados por crimes hediondos com resultado morte, pudessem visitar seus familiares em determinados períodos do ano, permitindo também a participação em atividades externas que possibilitassem a sua reintegração gradual à sociedade.

Ocorre que, embora estudos empíricos demonstrem a efetividade do instituto na ressocialização dos penados, a medida sempre enfrentou barreiras na cobertura midiática, que por sua vez, tende a veicular apenas notícias sobre os presos que não retornam

no período das saidinhas, bem como afirmam que as ocorrências de crimes aumentam nesse período.

Com base nisso, foi possível refletir que esse tom que sempre foi utilizado em reportagens tende a deslegitimar o instituto e causar a sensação de insegurança na população. É um sentimento de insegurança causado pelo senso comum, mas que reflete de forma estrondosa na política. Exemplo disso foram as declarações de parlamentares em sessões legislativas sobre o assunto, iniciadas ainda na proposição do Projeto de Lei nº 583/11, projeto que antecede o Projeto de Lei nº 2.253/2022.

Em continuidade à pesquisa, por meio da análise da tramitação do PL nº 2.253/2022 verificou-se que foram encaminhados para o Senado Federal diversas manifestações e notas técnicas para subsidiar o debate legislativo e demonstrar que a taxa de não retorno entre os apenados beneficiados com a saída temporária em todo o Brasil é de em média 5% (cinco por cento), tratando-se de um quantitativo ínfimo se comparado ao número daqueles que cumpriram com as determinações legais e retornaram ao seu ambiente de custódia, validando a sistemática progressiva e justificando a manutenção do benefício da saída temporária.

Ainda, conforme bem abordado pelo Conselho Federal de Psicologia, a modificação indica efeitos concretos de um apelo populista que remete ao anseio por excesso do *jus puniendi*, que faz eco ao lugar comum de uma análise que se restringe à relação entre o ato e o sujeito criminoso, desconsiderando a complexidade do contexto social e dos efeitos do processo de encarceramento.

Justamente por identificar esse excesso de punitivismo fomentado pelo Congresso Nacional com base apenas em achismos e apelo populista, é que a Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7663, contra a Lei nº 14.843/2024, que revogou as saídas temporárias de presos.

Por meio do estudo de caso da ADI 7663 foi possível verificar que é falacioso o argumento que sustentou o projeto de lei que deu

origem à Lei 14.843/24 no sentido de que a restrição à saída temporária contribuiria para redução da criminalidade, isto porque, conforme observado, os dados estatísticos mostram o contrário.

Nesse sentido, foram trazidos à tona os dados obtidos pelo DMF entre 2021 e 2023, os quais demonstram: (1) que o percentual de pessoas que não retornam às unidades prisionais é inferior a 5%, e que (2) as ocorrências criminais, durante o período do exercício do direito, não sofrem qualquer alteração significativa. Os dados referentes aos últimos três anos mostram que a taxa de não retorno por saída oscila entre 3,9% e 4,2%. Concluiu-se, portanto, que entre 96,1% e 95,8% do total de pessoas retorna às unidades prisionais após uma saída temporária.

Em síntese, verificou-se que a discussão sobre o fim das saídas temporárias de presos traz argumentos favoráveis e desfavoráveis, principalmente em relação aos impactos na ressocialização dos apenados, segurança pública e direitos fundamentais. Enquanto os argumentos favoráveis ao fim das saídas temporárias tendem a focar na segurança pública e na punição, os argumentos contrários destacam os benefícios da ressocialização e os direitos humanos dos presos. Ou seja, a questão envolve o desafio de equilibrar a segurança da sociedade com a necessidade de promover a reintegração e a dignidade dos apenados.

Portanto, a saída temporária é imprescindível à execução penal, o que não significa que o benefício não é imune a críticas e pode ser aprimorado por meio de algumas mudanças, como exemplo, a adoção da saída temporária dispersa, como opção para que se apure de forma mais individualizada a conduta de cada um dos beneficiados.

Tais mudanças podem fortalecer a função ressocializadora das saídas temporárias, oferecendo maior segurança à sociedade e apoio ao preso em seu processo de reintegração, o que balancearia a relação entre a ressocialização dos presos e a segurança pública.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S. **Sistema penitenciário no Brasil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Edusp, 1991.

ALMEIDA, S. L. **Crítica da subjetividade jurídica em Lukács, Sartre e Althusser**.

Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 7, n. 4, p. 335-364, dez. 2016. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19269>. Acesso em: 9 nov. 2024.

ALMEIDA, S. L. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

AMARAL, A. J. **Política da criminologia**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987411. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987411>. Acesso em: 15 set. 2024.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BARBOSA, L. L. **O ANTEPROJETO DE LEI DE EXECUÇÃO PENAL: EXAME**

CRÍTICO E SUGESTÕES. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 6, n. 2, p. 135/147, 2010. DOI: 10.5216/rfd.v6i2.11475. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/11475>. Acesso em: 3 out. 2024.

BATISTA, V. M. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Execução penal: questões controvertidas**. Porto Alegre: Estudos MP, 3, p. 26, 1989.

BRASIL. Lei nº 14.843 de 11 de abril de 2024. **Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114843.htm. Acesso em: 2 nov. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out.2024.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 7 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957. **Dispõe sobre normas gerais do regime penitenciário**. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3274.htm. Acesso em: 5 out. 2024.

BRASIL, Relatório de Informações Penais (RELIPEN - 2023). Disponível em : <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em:6 jan. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Diário do Senado Federal nº 10 de 2024**. Sessão: 20/02/2024, Publicação: 21/02/2024. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/114833?sequencia=58>. Acesso em: 29 out. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Diário do Senado Federal nº 10 de 2024**. Sessão: 20/02/2024, Publicação: 21/02/2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/114833?sequencia=59>. Acesso em: 29 out. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Diário do Senado Federal nº 10 de 2024**. Sessão: 20/02/2024, Publicação: 21/02/2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/114833?sequencia=60>. Acesso em: 1 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Diário do Senado Federal nº 10 de 2024**. Sessão: 20/02/2024, Publicação: 21/02/2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/114833?sequencia=67>. Acesso em: 1 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Mensagem de Veto Parcial nº 144 de 11/04/2024**. Diário Oficial da União - Edição Extra de 11/04/2024 - nº 70-B, p. 1, col. 2. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/38328571/publicacao/38328583>. Acesso em: 1 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.253 (Emenda 2) – Senador Sérgio Moro**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9540191&ts=1723468924304&disposition=inline&ts=1723468924304>. Acesso em: 29 out. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Votações da matéria PL 2253/2022. Votações da 5ª Sessão Deliberativa Ordinária**. Data: 20/02/2024. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/154451/votacoes#votacao_6818. Acesso em: 9 nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Apresentação Saídas Temporárias (peça 69)**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/>

estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6943407. Acesso em: 7 nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Impactos da Lei nº 14.843 de 2024 (peça 68)**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6943407>. Acesso em: 7 nov. 2024.

FOUCAUT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1975

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro, 2009.

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS – ICP. **Petição de amicus curiae na ADI 7338 de 3 de junho de 2024. Relator: Ministro Edson Fachin**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6943407>. Acesso em: 7 nov. 2024.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2023.

PRADO, Daniel Nicory do. **Evasões durante as saídas temporárias: estudo empírico do desempenho do instituto e do perfil do evadido**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 104, p. 311, 2013.

SISTAC. **Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-3-0/> Acesso em: 6 jan. 2025.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WENDORFF, Luísa da Cruz. **As saídas temporárias dos presos: O projeto de Lei nº 6579/13 e 583/11 e a punitividade no Congresso Nacional. 2023.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Penais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2023. p. 24-25, apud WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Editora Revan, 3ª ed., p. 26, 2007.

ZEHR, H. **O Pequeno Livro da Justiça Restaurativa** . Intercourse: Bons Livros, 2002.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: MODELOS E APLICAÇÕES NO BRASIL

*Guilherme Costa Silbernagel*⁴⁸

*Jadson Jessé C. Pereira*⁴⁹

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁵⁰

RESUMO

O controle de constitucionalidade no Brasil é um mecanismo fundamental para garantir que as leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Esse sistema assegura a supremacia da Constituição e protege direitos e garantias fundamentais ao verificar se normas e atos se alinham aos princípios constitucionais. O Brasil adota dois modelos de controle que se complementam: o controle difuso e o controle concentrado. No controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode analisar a constitucionalidade de uma norma em processos específicos. Esse modelo, inspirado no sistema norte-americano, é mais descentralizado e os efeitos da decisão são restritos às partes envolvidas no caso concreto. Em contraste, o controle concentrado é realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, que examina a constitucionalidade de normas em ações diretas, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. As decisões resultantes têm efeito vinculante

48 Graduando em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação. Estudante.

49 Graduando em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação. Estudante.

50 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia.

e abrangência geral, sendo aplicáveis a todos. A combinação desses dois modelos permite um equilíbrio eficaz entre descentralização e uniformidade, garantindo a proteção da ordem constitucional e dos direitos fundamentais em várias instâncias e situações.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; STF; difuso; concentrado.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade no Brasil é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. Ele visa garantir que leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição Federal de 1988, assegurando a supremacia constitucional e a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Este trabalho aborda especificamente o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988, analisando as modalidades difusa e concentrada, seus impactos, desafios e críticas, especialmente no que se refere ao ativismo judicial e à centralização do poder pelo Supremo Tribunal Federal.

O controle de constitucionalidade no Brasil enfrenta críticas quanto à atuação do STF, acusada de extrapolar os limites de sua função judicial, influenciando questões de ordem política e social. Diante disso, pergunta-se: como o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade pode manter o equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e o respeito à separação dos poderes?

O tema é relevante porque o controle de constitucionalidade é essencial para a estabilidade do sistema jurídico e democrático. Compreender suas modalidades e as críticas associadas ao ativismo judicial é fundamental para propor aprimoramentos que reforcem a segurança jurídica e preservem a independência dos poderes. A análise da Proposta de Emenda Constitucional 8/21, que visa limitar decisões monocráticas, também se torna um ponto central, dado seu

potencial impacto no fortalecimento da colegialidade e na redução da centralização de poder.

Essa pesquisa tem como objetivo analisar o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, destacando suas modalidades, efeitos, críticas ao ativismo judicial e as propostas de reforma, especialmente a PEC 8/21, bem como examinar o histórico e a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, diferenciar os sistemas difuso e concentrado, explorando suas características e implicações, avaliar as críticas relacionadas ao ativismo judicial e à concentração de poder no STF, analisar os possíveis impactos da PEC 8/21 no equilíbrio entre eficiência e colegialidade nas decisões judiciais.

A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, utilizando análise bibliográfica e documental. Serão examinados doutrinas jurídicas, jurisprudências relevantes e documentos legislativos, como a PEC 8/21, para avaliar o funcionamento e os desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. Além disso, será realizada uma análise crítica dos impactos das decisões judiciais do STF e das propostas de reforma, com o intuito de propor reflexões e possíveis soluções para os problemas identificados.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade das normas jurídicas com a Constituição, sendo um mecanismo essencial para garantir a supremacia constitucional. Sua origem remonta a sistemas jurídicos ocidentais, especialmente ao modelo estadunidense, mas sua concepção e desenvolvimento variam significativamente conforme o contexto histórico e cultural de cada país.

O controle de constitucionalidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, especialmente em países que, como o Brasil, adotam uma Constituição rígida como a base de sua organização jurídica e política. Esse mecanismo jurídico assegura que as leis e atos

normativos estejam em conformidade com a Constituição, garantindo, assim, a estabilidade das normas fundamentais e a proteção dos direitos dos cidadãos. O controle de constitucionalidade é, portanto, uma ferramenta essencial para a manutenção da ordem jurídica, da justiça e da democracia, é o que explana Luis Roberto Barroso (2019, p. 23):

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

A importância desse controle reside no princípio da supremacia constitucional. Em outras palavras, a Constituição é a norma máxima do ordenamento jurídico e, por isso, todas as demais normas devem submeter-se a ela. Quando uma lei ou ato normativo é questionado por sua compatibilidade com a Constituição, é imprescindível que exista um mecanismo de análise para verificar se essa norma infraconstitucional está ou não em harmonia com os preceitos constitucionais, sobre o princípio da supremacia da Constituição, José Afonso da Silva diz:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação

deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (José Afonso da Silva, 2020, p.49)

No Brasil, essa análise é feita por meio do controle difuso e do controle concentrado. O primeiro pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal durante um processo concreto, enquanto o segundo é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, geralmente em ações de caráter abstrato, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Um dos principais benefícios do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais. Em um país onde a Constituição serve como um pacto social e político, é necessário que haja garantias de que direitos como liberdade de expressão, igualdade e dignidade humana não serão violados por leis ordinárias. Por meio do controle de constitucionalidade, o STF pode declarar nulas normas que violem esses direitos, atuando como guardião da Constituição e garantindo que o Estado cumpra suas obrigações para com a sociedade.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Os aspectos históricos do controle de constitucionalidade refletem uma evolução no entendimento do papel das Constituições e das instituições judiciais em garantir a supremacia dos princípios constitucionais. A origem desse mecanismo remonta ao desenvolvimento do constitucionalismo, que surgiu no século XVIII, em um momento de busca por limitações ao poder absoluto dos governantes. A ideia era garantir que os direitos e liberdades fundamentais fossem protegidos por normas superiores, o que motivou a criação de Constituições escritas e o subsequente controle judicial de sua aplicação. (Mendes; Gonet, 2023, p.1853)

Preliminarmente, para discorrer sobre Controle de Constitucionalidade, é necessário definir o conceito de Constituição. Sobre isso, explana Hesse “ A resposta sobre o significado da Constituição, depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido. (Hesse, 1998, p.20)

Apesar da complexidade de seu significado e das diversas mudanças ao longo do tempo, o conceito de Constituição parece manter um núcleo constante: “a ideia de um princípio supremo que define todo o ordenamento do Estado e a essência da comunidade formada por esse ordenamento”. Com isso, percebe-se que a Constituição, no sentido estrito, é composta pelas normas que regulam a criação das leis fundamentais do Estado, organizam suas instituições e estabelecem o processo legislativo. (Mendes; Gonet, 2023, p.1853)

Além dessa noção de Constituição material, existe também a ideia de uma Constituição formal, que se refere ao conjunto de normas promulgadas de acordo com um procedimento especial e que estão sujeitas a uma forma específica de revisão. (Mendes; Gonet, 2023, p.1853)

O controle de constitucionalidade tem suas raízes no sistema norte-americano, que instituiu pela primeira vez a revisão judicial de leis e atos normativos para verificar sua compatibilidade com a Constituição. Em 1803, o caso *Marbury v. Madison* estabeleceu a doutrina do *judicial review*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou seu poder de declarar nulas as leis contrárias à Constituição. Este caso marcou o início do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz pode verificar a constitucionalidade de uma norma no julgamento de um caso concreto. (Barroso, 2012, p.20). Ainda segundo Barroso (2009, p. 34), esse modelo “assegurou a supremacia constitucional ao submeter as leis ordinárias ao crivo do controle judicial”. Esse controle, de natureza difusa, permite que qualquer juiz ou tribunal exerça a fiscalização da constitucionalidade no julgamento de casos concretos.

No final de 1800, nas eleições presidenciais e legislativas dos Estados Unidos, o então presidente John Adams e o partido federalista

sofreram uma derrota significativa para o Partido Republicano, e Thomas Jefferson foi eleito como o novo presidente. Diante da perda de poder no Executivo e no Legislativo, Adams e o Congresso, que ainda tinha maioria federalista, tomaram medidas para assegurar sua influência no Judiciário. Em 13 de fevereiro de 1801, aprovaram a “Circuit Court Act”, uma lei que reorganizou o Judiciário federal, reduzindo o número de ministros da Suprema Corte, para que Jefferson não pudesse indicar novos membros, e criando 16 cargos de juízes federais ocupados por aliados federalistas. (Barroso, 2019, p.25)

Adams, pouco antes de deixar o cargo, ainda nomeou 42 juízes de paz para o Distrito de Columbia com aprovação do Senado, mas algumas nomeações não foram entregues antes do fim de seu mandato, já que seu secretário de Estado, John Marshall, não teve tempo de distribuir todas as comissões. Ao tomar posse, Jefferson instruiu seu novo secretário de Estado, James Madison, a não entregar as nomeações restantes. Um dos nomeados que não recebeu sua comissão, William Marbury, entrou com uma ação judicial em dezembro de 1801, buscando garantir seu direito ao cargo de juiz de paz, com base na Lei Judiciária de 1789, que permitia à Suprema Corte julgar casos como o seu. (Barroso, 2019, p.26)

Em meio a essa tensão política, o Congresso, agora de maioria republicana, revogou a “Circuit Court Act” e eliminou os cargos criados pelos federalistas. Além disso, para evitar qualquer decisão contrária da Suprema Corte, o Congresso cancelou a sessão da Corte de 1802, suspendendo suas atividades por um ano, até fevereiro de 1803. (Barroso, 2019, p.28)

Foi nesse contexto de conflitos e incertezas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar “Marbury v. Madison”, um caso que se tornaria um marco no direito constitucional. No julgamento, o presidente da Suprema Corte, John Marshall, afirmou o poder da Corte de revisar a constitucionalidade das leis, estabelecendo que o Judiciário tem o papel de garantir que as leis respeitem a Constituição. A decisão foi inovadora e lançou as bases para o “controle judicial de

constitucionalidade” nos EUA, que permite à Suprema Corte invalidar leis que conflitem com a Constituição. (Barroso, 2019, p.29)

Marshall apresentou três argumentos principais: a supremacia da Constituição como lei fundamental; a nulidade de qualquer ato legislativo contrário a ela; e a autoridade do Judiciário como intérprete final da Constituição. Assim, ele consolidou a ideia de que a Constituição deve prevalecer sobre as leis comuns e que cabe ao Judiciário resolver os conflitos entre elas. Esse julgamento teve grande repercussão e estabeleceu o Judiciário como um poder independente capaz de controlar a constitucionalidade das ações dos outros poderes, moldando o sistema de freios e contrapesos nos Estados Unidos. (Barroso, 2019, p.31)

O desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade reflete a evolução das relações entre o direito, o poder e as instituições democráticas, consolidando-se como um mecanismo essencial para a preservação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Desde suas origens no constitucionalismo iluminista, passando pelo marco histórico do caso *Marbury v. Madison* em 1803, esse instrumento demonstrou a importância de uma Constituição que transcende as leis ordinárias, garantindo sua supremacia e estabilidade no ordenamento jurídico. Afirmado por John Marshall, o controle de constitucionalidade consolidou o papel do Judiciário como guardião da Constituição, moldando o equilíbrio entre os poderes e influenciando modelos jurídicos em todo o mundo.

Na Europa, o controle de constitucionalidade ganhou um formato diverso, inspirado nas ideias de Hans Kelsen. O jurista austríaco idealizou o modelo concentrado, no qual a fiscalização das normas constitucionais é centralizada em um tribunal constitucional específico. Segundo Kelsen (1998, p. 233), o tribunal constitucional “funciona como um legislador negativo, anulando normas que se mostrem incompatíveis com a Constituição”. Esse modelo foi aplicado pela primeira vez na Áustria, em 1920, e influenciou profundamente os sistemas jurídicos europeus e latino-americanos.

1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O controle de constitucionalidade no Brasil passou por diversas transformações desde sua introdução, acompanhando a evolução do sistema jurídico e político do país. Inicialmente ausente na Constituição de 1824, o controle de constitucionalidade só foi formalmente incorporado com a proclamação da República e a Constituição de 1891. Esse primeiro modelo adotou a inspiração americana, com um controle difuso e incidental, no qual qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei em um caso específico. Essa decisão poderia ser proferida tanto pelos tribunais da União quanto pelos tribunais estaduais, o que descentralizava a fiscalização da constitucionalidade. (Barroso, 2019, p.84)

A Constituição de 1934 trouxe algumas mudanças ao modelo de controle de constitucionalidade. Ela determinou que decisões de inconstitucionalidade precisavam de uma maioria absoluta dos membros dos tribunais, o que reforçava a responsabilidade das cortes na tomada dessas decisões. Além disso, o Senado Federal passou a poder suspender a eficácia de uma lei ou ato declarado inconstitucional, ampliando o controle sobre normas questionadas. Também nessa época, foi introduzida a chamada representação interventiva, um mecanismo de intervenção federal por violação de princípios constitucionais sensíveis. (Barroso, 2012, p.86) Foi com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965, durante o regime militar e sob a Constituição de 1946, que o controle de constitucionalidade sofreu uma mudança mais profunda. A emenda instituiu a chamada ação genérica de inconstitucionalidade, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal por meio de representação do Procurador-Geral da República. Esse modelo, semelhante ao das cortes constitucionais europeias, introduziu um controle por via principal, com fiscalização abstrata e concentrada, realizada exclusivamente pelo STF. Com essa inovação, o controle direto e concentrado passou a coexistir com o

controle incidental e difuso, ambos integrando um sistema misto de controle de constitucionalidade. (Barroso, 2019, p.86)

A Constituição de 1988 manteve e consolidou esse sistema misto, combinando o controle difuso e incidental, originado na Constituição de 1891, com o controle concentrado, estabelecido com a Emenda Constitucional de 1965. Essa Carta trouxe importantes inovações para o controle de constitucionalidade no Brasil. Entre elas, destaca-se a ampliação dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, que antes estava restrita ao Procurador-Geral da República. Com a nova Constituição, passaram a ser incluídos como legitimados ativos o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), além de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. (Barroso, 2019, p.88)

A Constituição de 1988 também instituiu novos instrumentos de controle, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, destinada a suprir omissões legislativas incompatíveis com a Constituição, e o mandado de injunção, que possibilita o exercício de direitos constitucionais prejudicados por essa ausência de regulamentação. Além disso, criou-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que visa assegurar o respeito a preceitos constitucionais fundamentais e pode ser proposta em casos que exigem a intervenção do STF. (Barroso, 2019, p.89)

Outro avanço importante ocorreu com a Emenda Constitucional n. 3, de 1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelos mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e julgada pelo STF. Esse novo mecanismo, ainda que alvo de discussões doutrinárias sobre sua constitucionalidade, foi consolidado pelo STF como legítimo, ampliando ainda mais a possibilidade de controle concentrado e abstrato das leis e normas federais. (Barroso, 2019, p.90) Essas mudanças geraram um sistema eclético, que combina o controle difuso, pelo qual juízes e tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de leis em casos concretos, e o controle

concentrado, exercido pelo STF em ações diretas e abstratas. Hoje, o STF é responsável por julgar ações diretas de inconstitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceito fundamental e ações diretas interventivas. (Barroso, 2019, p.92)

Esse sistema híbrido, consolidado pela Constituição de 1988, reflete uma tendência de ampliação da jurisdição constitucional no Brasil. O aumento dos legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade e a criação de novos instrumentos de fiscalização constitucional permitiram que o STF desempenhasse um papel central na proteção e interpretação da Constituição. Contudo, essa expansão da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, que deu ao STF um papel de destaque na ordem jurídica brasileira, é vista por alguns autores como um fenômeno potencialmente inquietante, ao ampliar a judicialização de questões políticas e sociais e dar grande protagonismo à Corte Suprema. (Barroso, 2019, p.93)

O controle de constitucionalidade no Brasil evoluiu significativamente desde sua introdução, refletindo as transformações do sistema jurídico e político do país. A partir da inspiração americana, o modelo inicial adotou o controle difuso e incidental, permitindo que qualquer juiz declarasse a inconstitucionalidade de uma lei em casos específicos. Com o tempo, novas Constituições e emendas fortaleceram o papel do Supremo Tribunal Federal e introduziram mecanismos de controle concentrado e abstrato, como a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, consolidando o sistema misto. A Constituição de 1988 ampliou a legitimidade para propor ações e criou novos instrumentos de fiscalização, o que deu ao STF um papel central na interpretação constitucional. Esse sistema híbrido, embora assegure proteção constitucional, levanta preocupações quanto à judicialização de questões políticas e sociais, evidenciando o protagonismo do STF na ordem jurídica brasileira.

No Brasil, o controle de constitucionalidade apresenta características híbridas, combinando aspectos dos modelos difuso e

concentrado. A Constituição de 1988 consolidou um sistema robusto, com instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e o Recurso Extraordinário. De acordo com José Afonso da Silva (2020, p. 65), “o controle brasileiro reúne elementos de ambos os modelos, resultando em um sistema que busca conciliar a descentralização com a uniformidade”.

Historicamente, o controle de constitucionalidade desempenhou um papel crucial na consolidação do Estado de Direito e na proteção de direitos fundamentais. Sua evolução reflete as demandas sociais e os contextos políticos de cada nação, reafirmando-se como uma garantia essencial contra o arbítrio e o abuso de poder.

1.3 CONTROLE PREVENTIVO E REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: GARANTIAS E LIMITES DEMOCRÁTICOS

O controle de constitucionalidade é um instrumento fundamental na proteção dos valores e princípios constitucionais em um Estado Democrático de Direito. O controle de constitucionalidade é o mecanismo pelo qual se verifica a conformidade de atos normativos com a Constituição, assegurando sua supremacia no ordenamento jurídico. Esse controle apresenta diversas modalidades, com efeitos distintos, que variam de acordo com a forma de implementação e o sistema jurídico adotado. No Brasil, ele se manifesta tanto na forma preventiva quanto na repressiva, cada qual desempenhando papéis distintos dentro do processo legislativo e do sistema judiciário. A interação dessas modalidades visa preservar a integridade da Constituição, assegurando que o ordenamento jurídico seja construído em conformidade com o texto constitucional. (Moraes, 2024, p.776)

O controle preventivo de constitucionalidade ocorre ainda durante o processo de criação das normas, impedindo que leis inconstitucionais entrem no ordenamento jurídico. Ele é exercido principalmente pelo Poder Legislativo, através das comissões de

Constituição e Justiça, e pelo Poder Executivo, por meio do veto jurídico. As comissões legislativas analisam a conformidade das propostas com a Constituição antes que elas sejam submetidas à votação. Já o Presidente da República pode vetar uma lei aprovada pelo Congresso se a considerar inconstitucional. Esse processo preventivo é essencial para evitar que normas inconstitucionais se tornem leis e causem conflitos jurídicos futuros, poupando esforços administrativos e judiciais. (Moraes, 2024, p.778)

Por outro lado, o controle repressivo de constitucionalidade é aquele exercido após a norma já ter ingressado no ordenamento jurídico, destinando-se a remover normas inconstitucionais em vigor. No Brasil, o controle repressivo é principalmente judicial, exercido pelo Supremo Tribunal Federal por meio de ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade. Além do STF, os tribunais e juízes em todo o país também exercem esse controle de maneira difusa, em casos concretos, declarando a inconstitucionalidade de uma norma no contexto específico de uma ação judicial. Excepcionalmente, o Poder Legislativo também possui mecanismos de controle repressivo, como no caso de sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar. (Moraes, 2024, p.782)

A coexistência do controle preventivo e repressivo confere flexibilidade e solidez ao sistema de proteção constitucional no Brasil, mas não está isenta de críticas e desafios. Um dos principais questionamentos está relacionado ao equilíbrio de poder entre os órgãos envolvidos, sobretudo quanto ao papel do STF no controle repressivo, considerado por alguns críticos como um possível excesso de judicialização da política. Apesar disso, o controle constitucional permanece essencial para a garantia de que o ordenamento jurídico brasileiro se mantenha em consonância com os princípios da democracia e da justiça social. (Moraes, 2024, p.785)

Em suma, os mecanismos de controle preventivo e repressivo de constitucionalidade no Brasil complementam-se, funcionando como uma barreira contra a inserção de normas contrárias à Constituição.

Por meio desses controles, preserva-se a estabilidade jurídica e a coesão democrática, fundamentais para a construção de uma sociedade justa e equitativa.

2. MODALIDADES E EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição estabelece o processo para a criação de leis e outros tipos de normas primárias, definindo as competências e os procedimentos que devem ser seguidos. Além disso, em seu aspecto substancial, ela orienta condutas, estipula valores a serem preservados e objetivos a serem perseguidos. A inconstitucionalidade formal ocorre quando um ato legislativo é elaborado sem respeitar as normas de competência ou o procedimento adequado para sua validação. Por outro lado, a inconstitucionalidade material acontece quando o conteúdo do ato normativo contradiz uma norma constitucional.

No caso da inconstitucionalidade formal, uma irregularidade comum é a violação da regra de competência, que ocorre, por exemplo, quando uma Assembleia Legislativa estadual cria leis sobre matéria penal ou direito civil, infringindo a competência da União. A inconstitucionalidade formal também pode ocorrer quando uma norma é criada sem seguir o processo legislativo correto, que inclui etapas como iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. Muitos casos de inconstitucionalidade formal surgem devido a vícios de iniciativa, em que apenas certos agentes, como o Presidente da República ou o Supremo Tribunal Federal, possuem competência exclusiva para iniciar determinados processos legislativos. (Barroso, 2019, p.50)

Há também temas que a Constituição reserva a certos tipos específicos de normas. Por exemplo, somente uma lei complementar pode dispor sobre normas gerais de direito tributário ou o sistema financeiro nacional. Uma lei ordinária que trate desses assuntos será considerada formalmente inconstitucional, pois o quórum exigido

para a aprovação de uma lei complementar é diferente do de uma lei ordinária. Além disso, uma emenda constitucional ou projeto de lei emendado na casa revisora deve retornar à casa de origem para validação. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal limita o controle judicial sobre o trâmite de projetos, exceto em casos de propostas de emenda que violem cláusulas pétreas. (Barroso, 2019, p.51)

A inconstitucionalidade material, por sua vez, refere-se à incompatibilidade entre o conteúdo do ato normativo e a Constituição, podendo ser identificada quando uma lei contraria um princípio ou uma regra constitucional. Isso pode ocorrer, por exemplo, se um ato legislativo define a remuneração de uma categoria de servidores acima do limite constitucional ou restringe indevidamente a participação de candidatos em concursos públicos. O controle material de constitucionalidade abrange normas constitucionais que tratam de organização, definição de direitos e diretrizes programáticas. (Barroso, 2019, p.52)

Sobre os legitimados do controle de constitucionalidade, de acordo com o artigo 103 da Constituição Federal de 1988, têm legitimidade para propor uma ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. (Mendes; Gonet, 2023, p. 2090)

Essa ampla lista de legitimados sugere que o constituinte buscou reforçar o controle abstrato de normas no sistema jurídico brasileiro, utilizando esse recurso como um importante mecanismo de ajuste do sistema normativo em vigor. (Mendes; Gonet, 2023, p.2094)

É possível que um ato legislativo apresente tanto inconstitucionalidade formal quanto material, sendo que ambas resultam na invalidade da norma, impedindo sua aplicação.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado quanto ao momento de realização, à legitimidade para sua propositura e à competência para julgamento.

Controle Preventivo e Controle Repressivo: O controle pode ocorrer preventivamente, antes que a norma seja publicada, com o objetivo de evitar a inconstitucionalidade. Esse modelo é geralmente exercido pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo, como no caso do veto jurídico (Barroso, 2009, p. 212). Já o controle repressivo ocorre após a publicação da norma e busca corrigir os efeitos de uma inconstitucionalidade já existente.

Controle Difuso e Controle Concentrado O controle difuso, típico do modelo norte-americano, é realizado por qualquer juiz ou tribunal no julgamento de um caso concreto. Nesse modelo, os efeitos da decisão são *inter partes*, ou seja, limitam-se às partes envolvidas na ação (Silva, 2020, p. 74). Por outro lado, o controle concentrado é exercido por um órgão específico, como o Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil. Ele ocorre em ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade e gera efeitos *erga omnes*, ou seja, válidos para todos (Kelsen, 1998, p. 243).

Controle Formal e Material

O controle formal analisa o processo legislativo que deu origem à norma, enquanto o controle material verifica a compatibilidade do conteúdo da norma com os princípios e regras constitucionais (Barroso, 2009, p. 216).

Efeitos do Controle de Constitucionalidade

Os efeitos das decisões proferidas no controle de constitucionalidade variam conforme o sistema e a modalidade adotados:

Efeitos Inter Partes e Erga Omnes

No controle difuso, os efeitos da decisão geralmente se limitam às partes envolvidas na lide (*inter partes*). Já no controle concentrado, os efeitos das decisões são amplos, alcançando todos os destinatários da norma (*erga omnes*).

Efeitos Ex Tunc e Ex Nunc

O controle pode produzir efeitos retroativos (*ex tunc*), anulando todos os atos praticados desde a edição da norma inconstitucional, ou efeitos prospectivos (*ex nunc*), que só operam a partir da declaração de inconstitucionalidade. No Brasil, a modulação de efeitos, prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999, permite que o STF defina os efeitos de suas decisões, atendendo a critérios de segurança jurídica e excepcional interesse social (Silva, 2020, p. 81).

Efeito Vinculante

No controle concentrado, as decisões podem ter efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública, como previsto no art. 103-A da Constituição Federal de 1988.

As modalidades e os efeitos do controle de constitucionalidade desempenham um papel essencial no equilíbrio entre os poderes e na proteção dos direitos fundamentais. O sistema brasileiro, ao combinar o modelo difuso com o concentrado, reflete um esforço de adaptação às complexidades de um Estado democrático de direito, garantindo maior abrangência e eficácia ao controle.

2.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O controle judicial de constitucionalidade por via principal (ou ação direta) teve origem na representação interventiva criada pela Constituição de 1934, ainda que com alcance restrito. Esse mecanismo permitia a intervenção federal nos Estados em casos de violação dos chamados princípios constitucionais sensíveis. Com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, surgiu a ação genérica de inconstitucionalidade, ampliando o objeto do controle e consolidando-o no sistema jurídico. As características dessa modalidade de controle e das espécies de ação direta no Direito brasileiro são discutidas, excetuando-se a ação direta interventiva e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois esses dois tipos

apresentam peculiaridades e não se enquadram inteiramente no controle por via principal, já que a questão constitucional nem sempre é o foco central nesses casos. (Barroso, 2019, p. 220)

Cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar e julgar, de forma originária, a ação direta de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, seja federal ou estadual. O autor da ação solicita ao STF que examine, em tese, a conformidade da lei ou do ato normativo com a Constituição, sem que haja um caso concreto para ser resolvido. O objetivo é obter a anulação da norma, garantindo assim a segurança jurídica, pois as relações jurídicas não devem se fundamentar em normas inconstitucionais. Portanto, o objetivo principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade, o que a diferencia do controle difuso. (Moraes, 2024, p.795)

O sistema federativo em vigor no Brasil também permite um tipo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Estados. Dessa forma, a Constituição prevê a possibilidade de uma representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais perante a Constituição estadual (art. 125, § 2º). Embora o texto constitucional não mencione expressamente, pela lógica do sistema, a competência para processar e julgar essa ação (chamada impropriamente de representação) cabe ao Tribunal de Justiça estadual. No entanto, não é permitido que os Tribunais de Justiça estaduais realizem controle abstrato de constitucionalidade de uma lei federal perante a Constituição estadual ou de uma lei municipal perante a Constituição Federal. (Barroso, 2019, p.180)

O sistema elaborado pelo constituinte permite que uma ação direta seja movida simultaneamente no âmbito estadual e no federal, ou seja, tanto no Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, envolvendo a mesma lei ou ato normativo estadual, mas com fundamentos diferentes: no âmbito estadual, a Constituição estadual, e no federal, a Constituição da República. Naturalmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal prevalecerá sobre a do Tribunal de Justiça estadual, mas o contrário não ocorre. Por essa razão, quando ambas as ações estão em tramitação paralela e a norma constitucional estadual

é apenas uma reprodução da Constituição Federal, tem-se decidido pela suspensão do processo no âmbito estadual. (Barroso, 2019, p.181)

Sobre a capacidade postulatória, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que o Governador do Estado e as demais autoridades e entidades indicadas no artigo 103, incisos I a VII, da Constituição, além de serem legitimados para iniciar o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, possuem plena capacidade processual. Dessa forma, podem subscrever a petição inicial de uma ADI sem a necessidade de assistência de advogado. (Mendes; Gonet, 2023, p.2091)

Entretanto, essa interpretação majoritária não é unânime dentro do STF. Em março de 2021, por exemplo, o ministro Marco Aurélio rejeitou a petição inicial da ADI 6.764/DF, proposta pelo Presidente da República, alegando que o chefe do Executivo Federal não teria capacidade postulatória para assinar ações diretas de inconstitucionalidade sem a participação do Advogado-Geral da União. (Mendes; Gonet, 2023, p.2092)

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabelece os procedimentos para a ação direta de inconstitucionalidade, que deve ser aplicada em conformidade com as normas constitucionais. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é utilizado como recurso subsidiário. A Lei nº 9.868/99 também prevê um procedimento acelerado para ADIs em casos de pedido de medida cautelar. Nesse caso, o relator, considerando a relevância da matéria e seu impacto na ordem social e jurídica, pode submeter o processo diretamente ao Tribunal após a prestação de informações em dez dias e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo de cinco dias cada. O Tribunal então decidirá entre julgar apenas a cautelar ou a ação de forma definitiva. (Moraes, 2024, p.815)

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) pode ser usada para contestar leis e atos normativos federais ou estaduais, conforme o artigo 102, I, “a” da Constituição. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotava uma interpretação restritiva, exigindo que o ato

questionado tivesse caráter geral e abstrato, para evitar a análise de atos administrativos com destinatários específicos. Exemplos disso eram leis orçamentárias com destinação específica de recursos ou atos legislativos que realizavam doações ou suspendiam licitações. Contudo, essa restrição foi gradualmente flexibilizada. O STF passou a permitir a ADI em casos excepcionais, especialmente em matérias orçamentárias. Em 2008, essa jurisprudência tradicional foi questionada, permitindo-se o controle de medidas provisórias que abriam créditos extraordinários sem os requisitos de urgência e imprevisibilidade. Por maioria, o STF entendeu que a ADI poderia ser usada desde que houvesse uma questão constitucional geral, não dependendo do conteúdo específico do ato. Essa decisão consolidou uma tendência mais flexível, alinhada ao artigo 102, que permite o controle de normas e leis editadas pela União e Estados. (Barroso, 2019, p.250)

O paradigma da fiscalização na ação direta de inconstitucionalidade é a Constituição Federal, que estabelece os princípios e normas que regem o controle de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para realizar essa fiscalização, e sua análise deve ser voltada para verificar a conformidade das normas infraconstitucionais com os preceitos da Constituição. Há algumas formas prevista no artigo 59 da Constituição Federal, Emenda Constitucional, Lei Complementar, Lei Ordinária, Lei Delegada, Medida Provisória, Decretos Legislativos e Resoluções, Decretos Autônomos (atos normativos secundários), Legislação Estadual, Tratados Internacionais. (Barroso, 2019, p.248)

A Constituição Federal estabelece que, ao ser declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida necessária à efetivação de uma norma constitucional, o Poder competente deve ser notificado para adotar as providências cabíveis, e, em caso de órgão administrativo, deve fazê-lo em 30 dias. A criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelo legislador constituinte de 1988 visa garantir a eficácia das normas constitucionais que precisam de regulamentação infraconstitucional. Essa ação é aplicável quando

o Poder Público se omite diante de uma obrigação imposta pela Constituição.

Essa ação não se aplica a qualquer omissão, mas apenas àquelas que envolvem normas constitucionais de eficácia limitada e caráter impositivo, exigindo que o legislador emita comandos normativos para viabilizar a aplicabilidade da norma. Normas programáticas dependentes de legislação posterior também estão sujeitas à ação direta por omissão. A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Poder Público, ao invés de realizar uma conduta positiva exigida pela Constituição para garantir a aplicabilidade da norma, adota uma postura negativa. É importante, contudo, diferenciar “omissão legislativa”, que implica negligência em cumprir a Constituição, de “opção legislativa”, que reflete uma decisão discricionária legítima do Congresso no exercício de sua função legislativa. A ação direta por omissão é cabível apenas quando a Constituição impõe ao Poder Público a obrigação de criar um comando normativo. (Moraes, 2024, p.840)

O controle judicial de constitucionalidade por via principal desempenha um papel essencial na garantia da supremacia constitucional e na proteção dos direitos fundamentais no Brasil. Sua evolução, desde a representação interventiva de 1934 até o modelo atual consolidado pela Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 9.868/1999, reflete o compromisso do Estado com a estabilidade jurídica e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, tem um papel central nesse processo, mas enfrenta desafios relacionados à eficiência, à legitimidade e ao equilíbrio de suas funções. Apesar disso, o controle concentrado continua a ser uma ferramenta indispensável para a manutenção da ordem jurídica, devendo ser constantemente aperfeiçoado para garantir sua efetividade e a confiança da sociedade nas instituições democráticas.

2.2 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ocorreu a partir da constatação de que, apesar da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos normativos do Poder Público, essa questão gera controvérsias em várias situações. Previu-se, então, um mecanismo para que o Supremo Tribunal Federal pudesse reconhecer expressamente a compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição, especialmente quando esse ponto se torna alvo de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma confirmação dessa presunção. O objetivo da medida é claro: reduzir a insegurança jurídica e estabelecer uma orientação uniforme sobre o tema. Sabe-se que os profissionais do Direito lidam regularmente com a realidade de que os textos normativos podem ser interpretados de formas diferentes e até contrastantes. (Barroso, 2019, p.307)

Em alguns casos, câmaras ou turmas de um mesmo tribunal adotam entendimentos divergentes. No entanto, em determinadas circunstâncias, seja pelo número de pessoas afetadas, seja pela relevância social ou política da questão, a pacificação da controvérsia se impõe em nome da segurança jurídica, da igualdade ou de outros interesses públicos fundamentais. (Barroso, 2019, p.308)

Somente uma lei ou ato normativo federal poderá ser objeto de uma ação declaratória de constitucionalidade. Para propor essa ação, é necessário demonstrar, já na petição inicial, uma comprovada controvérsia judicial que ameace a presunção de constitucionalidade do ato normativo em questão. Isso permite ao Supremo Tribunal Federal analisar tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários à constitucionalidade, bem como entender como a matéria vem sendo decidida nos tribunais. (Moraes, 2024)

Essa comprovação da controvérsia exige que se demonstre a existência de divergências judiciais concretas, e não apenas diferenças de opinião entre doutrinadores. Como exemplificado pelo Ministro Carlos Velloso em seu voto na Ação declaratória de constitucionalidade

n° 1-1/DF, é necessário comprovar que “existem várias ações em andamento em juízos ou tribunais, nas quais a constitucionalidade da lei está sendo contestada” ou como afirmado também pelo Ministro Néri da Silveira em seu voto na Ação declaratória de constitucionalidade n° 1-1/DF:

Não se trata de consulta à Suprema Corte, mas de ação com decisão materialmente jurisdicional, impõe-se, à instauração da demanda em exame, que se faça comprovada, desde logo, a existência de controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal.

Em conclusão, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade representa um avanço significativo no sistema jurídico brasileiro, pois visa conferir maior segurança jurídica e uniformidade interpretativa em situações de controvérsia judicial. Ao possibilitar que o Supremo Tribunal Federal declare a compatibilidade de normas infraconstitucionais com a Constituição, essa ferramenta fortalece a presunção de constitucionalidade dos atos normativos e contribui para a pacificação de conflitos judiciais relevantes. A exigência de comprovação de controvérsia judicial concreta assegura que a medida seja utilizada de forma criteriosa, evitando consultas meramente teóricas ou doutrinárias. Dessa forma, a Ação Declaratória de Constitucionalidade consolida-se como um instrumento essencial para a estabilidade das relações jurídicas, promovendo a igualdade, a justiça e o interesse público em temas de grande impacto social e político.

2.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal determina que o Supremo Tribunal Federal deve julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, de acordo com o que for estabelecido pela lei. Portanto, trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, precisa de uma lei específica para definir como será o procedimento de apreciação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em complemento ao art. 102, § 1º, da Constituição Federal, o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 9.882, em 3 de dezembro de 1999, incorporando a arguição de descumprimento de preceito fundamental ao nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade. (Moraes, 2024, p.851)

Nem a Constituição nem a lei definiram claramente o que é um “preceito fundamental”, deixando essa interpretação para a doutrina e a jurisprudência. Embora “preceito fundamental” não abranja todos os preceitos constitucionais, é necessário reconhecer que não há hierarquia entre as normas constitucionais devido ao princípio da unidade. No entanto, podemos distinguir entre normas de caráter estrutural e axiológico que, por sua importância, possuem um peso especial. Assim, o termo “preceito fundamental” indica que a violação de certas normas — geralmente princípios, mas também algumas regras — causa um impacto mais grave no sistema jurídico. (Barroso, 2019, p.361)

A ADPF, como instrumento típico do controle concentrado de constitucionalidade, permite tanto o questionamento direto de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal quanto a provocação a partir de situações específicas, levando à impugnação de leis ou atos normativos. No primeiro caso, a análise ocorre diretamente em relação à norma, configurando um controle principal e imediato. Já no segundo caso, a lei é questionada com base em sua aplicação em uma situação concreta (caráter incidental). Nesse contexto, o exame da norma por meio da ADPF impacta diretamente os casos sob jurisdição

ordinária, pois a questão preliminar será levada ao Supremo Tribunal Federal. Na prática, esse modelo de controle se assemelha ao controle concreto no Direito europeu, onde os processos são suspensos e a questão constitucional é enviada à Corte Constitucional, ou ao nosso controle incidental, em que a questão é destacada para apreciação pelo Plenário do Tribunal. (Mendes; Gonet, 2023, p.2262)

Diferente do controle incidental, que opera de forma horizontal (do órgão fracionário para o Plenário ou órgão especial), a ADPF realiza uma cisão funcional no plano vertical, indo das instâncias ordinárias ao STF. Por isso, é comum que nesses casos haja suspensão cautelar dos processos ou dos julgamentos até a decisão final do STF (Lei nº 9.882/99, art. 5º, § 3º). (Mendes; Gonet, 2023, p.2263)

Em conclusão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) consolidou-se como um importante mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, conferindo ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião de preceitos fundamentais. Embora a Lei nº 9.882/1999 tenha sido fundamental para regulamentar o procedimento, o conceito de “preceito fundamental” permanece pouco claro, o que exige do STF uma interpretação cuidadosa para evitar arbitrariedades e garantir a coerência do sistema jurídico. A possibilidade de questionamento tanto direto quanto incidental, envolvendo atos normativos federais, estaduais e municipais, torna a ADPF uma ferramenta poderosa para assegurar a estabilidade constitucional, especialmente nos casos de maior impacto social e jurídico. Contudo, a ausência de critérios específicos para definir o que constitui um preceito fundamental reforça a necessidade de constante aprimoramento doutrinário e jurisprudencial, visando preservar a segurança jurídica e a unidade constitucional.

2.4 EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTE

No controle concentrado, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou

estadual são, em geral, erga omnes (válidos para todos), ex tunc (com efeito retroativo), vinculantes e com potencial de restaurar normas anteriores. Quando uma lei ou ato normativo é declarado inconstitucional, essa decisão se aplica retroativamente (ex tunc) e de forma geral (erga omnes), desfazendo todos os efeitos do ato desde sua origem. Como atos inconstitucionais são considerados nulos, eles não produzem qualquer efeito jurídico, o que faz com que a decisão de inconstitucionalidade alcance também os atos anteriores realizados com base na norma inválida. (Moraes, 2024, p.820)

Além disso, a declaração de inconstitucionalidade pode afetar inclusive decisões judiciais já transitadas em julgado. O Supremo Tribunal Federal (STF) entende que a anulação de tais decisões se baseia no princípio da máxima eficácia das normas constitucionais e na prevalência da orientação firmada pelo STF. Assim, a Corte afastou o entendimento de que uma decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) não poderia retroagir para impactar decisões cobertas pela coisa julgada, afirmando que, como regra, as decisões de controle concentrado possuem efeitos ex tunc, o que permite uma ação rescisória contra sentenças contrárias à decisão do STF. No entanto, a rescisão ou revisão de decisões anteriores contrárias não é automática. Para que isso ocorra, é necessário o ajuizamento de uma ação rescisória específica, conforme entendimento do STF, pois o controle concentrado de constitucionalidade não implica a anulação imediata de decisões judiciais anteriores que adotaram uma interpretação diferente. (Moraes, 2024. P.821)

Vejam um julgamento do STF exemplificando o efeito Erga Omnes e Vinculante:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AMIANTO VARIEDADE CRISOTILA. OMISSÃO QUANTO À EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI

9.055/1995: NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E REJEITADOS. **1. O Supremo Tribunal Federal firmou compreensão de que são constitucionais as normas de entes subnacionais que proíbem a exploração do amianto crisotila, conclusão que pressupôs um juízo incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 9.055/1995, que franqueava a possibilidade de extração, comércio e transporte de tal produto. À essa pronúncia incidental de inconstitucionalidade foi atribuído efeito vinculante e eficácia erga omnes (ADIs 3.356, 3.357, 3.406, 3470 e 3937; ADPF 109).** **2. As decisões de Cortes Constitucionais, ou de Tribunais de cúpula com funções constitucionais, possuem um inerente efeito expansivo, independentemente de o controle de constitucionalidade ter sido instaurado na via principal ou por incidentes cuja remessa ao Tribunal deriva de questão prévia suscitada em caso concreto** (Alemanha: Primeiro Senado, acórdão de 10 de abril de 2018, III, n. 178 – BVerfGE 148, 147- 217. Espanha: Sentença 45/1989 – Tribunal Constitucional). **5.3. mesmo instrumentos tipicamente considerados como de “controle concentrado” não se mostram incompatíveis com declarações incidentais de inconstitucionalidade – que, quando ocorrem, se dão com efeitos erga omnes: a decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal, que implique o reconhecimento da procedência ou improcedência da ação direta proposta no âmbito estadual, será igualmente dotada de eficácia erga omnes, considerados o efeito substitutivo recursal e a índole objetiva que notabiliza o processo na instância a quo (RE 199.281, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 12.3.1999; RCL 526, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 4.4.1997).** **6. Conclusão do Plenário no sentido de que o juízo de inconstitucionalidade que recaiu sobre o art. 2º da Lei 9.055/1995 (norma autorizativa da exploração**

de amianto) deriva, de modo consequencial, da própria declaração de constitucionalidade das normas subnacionais impugnadas (normas proibitivas da exploração de amianto). Sobretudo por ter sido proferida no âmbito de processo objetivo de controle de constitucionalidade, a atribuição de efeitos erga omnes é medida de rigor.⁸ Embargos de declaração opostos pelo *amicus curiae* não conhecidos. Embargos de declaração opostos pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) conhecidos e não providos. (RELATOR: Min. Gilmar Mendes, Acórdão, ADI 3356, Tribunal Pleno, 23/02/2023, 02/05/2023) (GRIFO NOSSO)

Portanto, a vinculação no controle concentrado implica que, ao declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma, o STF estabelece uma orientação obrigatória que deve ser seguida por todas as instâncias judiciais e por toda a administração pública, garantindo uniformidade na interpretação da Constituição e evitando decisões conflitantes. Já o efeito erga omnes nas decisões do STF garante a uniformidade e a estabilidade no sistema jurídico, uma vez que todos os indivíduos, órgãos e entidades públicas devem obedecer ao entendimento fixado pelo Supremo. Isso reforça o princípio da supremacia da Constituição e assegura a coerência na aplicação do Direito no país.

2.5 MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES

A Lei nº 9.868/99 inovou ao autorizar o Supremo Tribunal Federal a modular os efeitos de uma decisão que declare uma norma inconstitucional, permitindo que o STF decida quando e como essa inconstitucionalidade será aplicada. A modulação dos efeitos pode restringir a retroatividade da decisão (efeitos “*ex tunc*”), impondo que ela seja válida apenas a partir de determinado momento (“*ex nunc*”)

ou outro que o STF defina, visando evitar impactos sociais e proteger a segurança jurídica. (Moraes, 2024, p.822)

Para modular uma decisão de inconstitucionalidade, é necessário que haja dois terços de aprovação no STF e que a medida seja justificada por motivos de segurança jurídica ou interesse social. A modulação pode proteger situações consolidadas antes da decisão, garantindo estabilidade jurídica para atos anteriores. (Moraes, 2024, p.823)

O STF também admite que, em certos casos, a lei declarada inconstitucional continue a valer por um período, para que o legislador tenha tempo de regulamentar a questão. Esse modelo de “inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” é aplicado em situações em que a retirada imediata da norma causaria danos sociais significativos. Isso foi inspirado na prática de tribunais constitucionais, como o austríaco e o alemão, e busca evitar “caos jurídico”. (Moraes, 2024, p.824)

Veja uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal para exemplificar a modulação de efeitos:

Direito Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Índices aplicáveis para a correção monetária de débitos trabalhistas. Inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos temporais da decisão. 1. Ação direta em que se alega a inconstitucionalidade do art. 39, § 2º, da Lei nº 8.177/1991, que entrou em vigor em 01.03.1991 e determina que os débitos trabalhistas sejam corrigidos: (i) pela variação do BTN Fiscal, no período compreendido entre o vencimento da obrigação e 31.01.1991; e (ii) pela Taxa Referencial Diária (TRD), após essa data. 2. As normas que tratam do regime jurídico da correção monetária, por não serem suscetíveis de disposição pela vontade das partes, incidem imediatamente, alcançando apenas as situações jurídicas em curso de formação ou execução. Precedente: RE 211.304, redator para

acórdão Min. Teori Zavascki, j. em 29.04.2015. 3. Ao estabelecer os índices para a correção monetária de débitos de natureza trabalhista, o dispositivo impugnado determinou sua aplicação a períodos aquisitivos anteriores à sua entrada em vigor. Assim, afetou direitos adquiridos sob a vigência de lei anterior, violando o art. 5º, XXXVI, da Constituição. 4. Procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 39, § 2º, da Lei nº 8.177/1991. **Modulação temporal dos efeitos da decisão, a fim de que somente se aplique aos cálculos homologados a partir da data de publicação da ata de julgamento. Tese: “Lei que estipula índices de correção monetária a serem aplicados a períodos aquisitivos anteriores à sua entrada em vigor viola a garantia do direito adquirido”.** (Acórdão, ADI 1220, Tribunal Pleno, 19/12/2019, 13/03/2020) (GRIFO NOSSO)

Além disso, a Lei nº 9.868/99 estabeleceu que as decisões do STF em ações diretas de inconstitucionalidade têm efeito vinculante para os órgãos do Judiciário e da administração pública, obrigando-os a seguir o entendimento do STF sobre a interpretação da Constituição. No entanto, o STF reconhece que esses efeitos vinculantes não limitam o Poder Legislativo em sua função de criar novas normas, mesmo que contrárias ao entendimento do STF, para possibilitar a evolução do sistema jurídico. (Moraes, 2024, p.827)

Sendo assim, a modulação dos efeitos nas decisões de controle de constitucionalidade é uma ferramenta essencial para equilibrar a segurança jurídica com a eficácia das normas constitucionais. Ao permitir que o tribunal, em especial o Supremo Tribunal Federal, ajuste os efeitos temporais de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, a modulação previne impactos sociais e econômicos abruptos que poderiam resultar da aplicação imediata ou retroativa da decisão. Isso é especialmente importante em casos que envolvem normas de grande alcance e complexidade, onde

a invalidade retroativa poderia gerar desordem jurídica ou prejuízos excessivos. Assim, a modulação dos efeitos permite que o tribunal adapte suas decisões às particularidades do caso, preservando, ao mesmo tempo, a autoridade e estabilidade do ordenamento jurídico.

3. CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 CRÍTICAS E DESAFIOS ENFRENTADOS PELO MODELO BRASILEIRO

A crítica ao modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, em especial ao Supremo Tribunal Federal, é uma constante no debate jurídico e político do país. A afirmação de que os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, como o concentrado europeu-kelseniano, o difuso norte-americano e o modelo híbrido, necessitam de reformas e ajustes, como aponta Medeiros (2012), reflete a preocupação de que nenhum sistema é imune a falhas quando não se adapta às especificidades do contexto em que é aplicado. No caso do Brasil, o STF, ao desempenhar o papel de guardião da Constituição, tem se deparado com uma série de críticas, especialmente no que diz respeito ao seu ativismo judicial e à crescente “politização” de suas decisões. (Medeiros, 2012)

A transformação do STF em um verdadeiro Tribunal Constitucional, como observa Medeiros (2012), é um fenômeno que está sendo cada vez mais visível. O Tribunal, originalmente concebido para resolver questões jurídicas e normativas, tem se envolvido em

temas de grande impacto político e social, como direitos fundamentais e questões controversas, como as relações homoafetivas. O papel do STF, portanto, se ampliou para além da mera interpretação da Constituição, com o Tribunal decidindo, por exemplo, sobre quais direitos devem ser aplicados, mesmo na ausência de legislação infraconstitucional. Essa expansão de sua função levanta uma pergunta crucial: até que ponto o STF está realmente agindo dentro dos limites conferidos pela Constituição ou se, na realidade, está assumindo poderes que não lhe são atribuídos, estabelecendo uma forma de legislação judicial. (Medeiros, 2012)

Essa postura do STF é vista por muitos como um exemplo de ativismo judicial, termo que ganhou relevância nos últimos anos e que descreve a tendência de tribunais, especialmente o STF, de intervir em questões políticas e sociais, muitas vezes em substituição ao Legislativo. A crítica mais forte sobre esse fenômeno vem de ex-ministros da própria Corte, como José Carlos Moreira Alves, que, em entrevista ao **Valor Econômico**, expressou sua surpresa e preocupação com a “postura mais política” do STF, afirmando que, no seu tempo, o ativismo judicial não existia. A declaração do ex-ministro pode ser interpretada como uma reação à sensação de que o STF, ao se envolver em questões políticas e sociais, estaria ultrapassando os limites do que seria sua função tradicional de intérprete da Constituição. Ao mesmo tempo, essa mudança de postura pode ser vista como uma resposta a um contexto político e social mais complexo, onde as questões constitucionais não podem mais ser dissociadas das transformações sociais e das demandas da sociedade.

O principal desafio do STF, como apontado por Medeiros (2012), é manter-se dentro dos limites do razoável, sem criar normas que sejam excessivamente inovadoras ou que prejudiquem a separação dos poderes. Quando o STF decide questões controversas, como o reconhecimento das relações homoafetivas como uma entidade familiar, ele não apenas interpreta a Constituição, mas também constrói uma nova interpretação dos direitos fundamentais que pode afetar diretamente a sociedade. A grande questão é: até onde essa

interpretação é legítima e necessária, e quando ela começa a ser vista como uma substituição da função legislativa? O risco, portanto, é de o STF se tornar uma instância legislativa, criando normas a partir de sua própria interpretação, o que pode gerar um desequilíbrio entre os Poderes.

Em suma, a atuação do STF, em sua tentativa de proteger os direitos fundamentais e de dar respostas rápidas a questões urgentes, precisa ser constantemente revisada. A crítica ao ativismo judicial e à politização do Tribunal aponta para a necessidade de um controle mais rigoroso sobre os limites do Poder Judiciário. A Constituição, como instrumento maior da ordem jurídica, deve ser preservada em sua função normativa, e não transformada em uma arena para disputas políticas. O desafio está em equilibrar a função interpretativa do STF com o respeito à separação dos poderes, evitando que o Tribunal ultrapasse sua função constitucional e que, ao fazê-lo, acabe enfraquecendo a confiança da sociedade nas instituições democráticas.

3.2 DISCUSSOES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E A AUTOCONCENTRAÇÃO DO STF

Atualmente, se vê grandes discussões acerca do ativismo judicial e da autoconcentração do Supremo Tribunal Federal. Isso pode ser exemplificado através de alguns episódios. Nos últimos dias vimos a Câmara dos Deputados prevendo sobre a limitação do poder do Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial é um fenômeno que descreve a atuação proativa do Poder Judiciário na interpretação e aplicação das normas jurídicas, especialmente em questões que envolvem políticas públicas ou lacunas legislativas. Esse conceito se diferencia da tradicional postura de autocontenção judicial, na qual o magistrado busca limitar sua atuação às atribuições estritamente previstas pela lei.

De acordo com Barroso (2009, p. 95), o ativismo judicial representa “uma escolha interpretativa que vai além da mera aplicação literal do

texto normativo, buscando soluções que atendam às necessidades concretas da sociedade”. Esse fenômeno é especialmente notável em democracias constitucionais contemporâneas, onde o Judiciário tem sido chamado a atuar em temas sensíveis, como direitos fundamentais, igualdade de gênero, proteção ao meio ambiente e políticas de saúde pública.

No Brasil, o ativismo judicial ganhou destaque a partir da Constituição de 1988, que expandiu significativamente o rol de direitos fundamentais e ampliou os mecanismos de acesso à Justiça. Segundo Streck (2014, p. 154), “a Carta de 1988 criou um ambiente propício para o protagonismo judicial, na medida em que atribuiu ao Judiciário o papel de guardião de um extenso catálogo de direitos e garantias”. Exemplos desse ativismo podem ser observados em decisões emblemáticas, como a liberação da união estável homoafetiva (STF, ADI 4277/2011) e a determinação de políticas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo SUS.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 8/21, aprovada recentemente pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, reacende o debate sobre o papel das decisões monocráticas no Supremo Tribunal Federal e em outros tribunais superiores. A PEC busca restringir a prática de decisões individuais de magistrados, permitindo-as apenas em situações específicas, como durante o recesso do Judiciário, e impondo prazos para a análise colegiada. Essa proposta envolve importantes discussões sobre a divisão de poderes, a eficiência do sistema judicial e a preservação da democracia. (Câmara dos Deputados, 2024)

As decisões monocráticas ocorrem quando apenas um ministro ou desembargador profere um julgamento, sem o envolvimento de outros membros do tribunal. Esse tipo de decisão, apesar de ser uma prática comum, levanta críticas, principalmente por dar a um único juiz o poder de interferir em legislações ou atos executivos. Isso gera questionamentos sobre a concentração de poder, pois uma decisão individual pode suspender temporariamente leis aprovadas democraticamente pelo Congresso Nacional. Para alguns

parlamentares, essa prática representa um desequilíbrio, uma vez que decisões de grande impacto podem ser tomadas sem a necessária deliberação coletiva. Dessa forma, a PEC 8/21 busca reequilibrar essa dinâmica, permitindo que, fora de casos urgentes, decisões sejam tomadas pelo colegiado, reforçando a atuação coletiva do STF. (Câmara do Deputados, 2024)

Os críticos da proposta, entretanto, veem a PEC como uma tentativa de retaliação ao STF. Ao longo dos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal desempenhou um papel crucial na proteção de direitos e na manutenção da ordem democrática, especialmente em momentos de crise política e social. Muitos argumentam que limitar as decisões monocráticas seria uma forma de pressionar a Suprema Corte e até mesmo de enfraquecer sua autonomia em decisões que envolvem o controle de constitucionalidade e a garantia de direitos fundamentais. Para esses críticos, a PEC representa um risco à independência judicial, que é um pilar essencial do sistema democrático e da defesa do estado de direito. (Câmara do Deputados, 2024)

Por outro lado, os defensores da proposta argumentam que essa medida visa, ao contrário, proteger a democracia. O relator da PEC, deputado Marcel van Hattem, destacou que a iniciativa valoriza o Legislativo e o mandato parlamentar, ao evitar que decisões de um único juiz prevaleçam sobre as deliberações de todo o Congresso. Esse argumento se baseia na ideia de que, em uma democracia, decisões de impacto nacional deveriam passar pelo crivo de uma discussão colegiada, evitando que uma única pessoa decida sobre questões complexas e de alto impacto social. (Câmara do Deputados, 2024)

A PEC 8/21, portanto, coloca em evidência um desafio importante para o sistema judiciário brasileiro: o de buscar um equilíbrio entre a eficiência e a colegialidade. Se por um lado é inegável que a celeridade de decisões monocráticas muitas vezes contribui para resolver questões urgentes, por outro, é essencial preservar o caráter coletivo das decisões judiciais, especialmente em matérias que envolvem a Constituição. Ao estabelecer prazos e condições específicas para

decisões monocráticas, a proposta de emenda pode representar um avanço no fortalecimento da democracia, desde que não comprometa a autonomia do Judiciário. (Câmara do Deputados, 2024).

Em suma, o debate sobre as decisões monocráticas e os limites propostos pela PEC 8/21 reflete uma tensão natural entre os poderes da República. A solução que se busca é uma justiça mais colegiada e democrática, sem abrir mão da agilidade necessária em momentos de urgência. Resta ao Congresso, à sociedade e aos próprios tribunais encontrar um ponto de equilíbrio, que assegure a efetividade do sistema judicial sem comprometer a independência e a qualidade das decisões.

Ainda, envolvendo um Ministro do Supremo Tribunal Federal, após vazarem algumas conversas entre o Ministro Alexandre de Moraes e seus assessores, apareceram alguns debates sobre o impeachment do ministro. Foi protocolado no Senado Federal um pedido de impeachment contra o ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, sob a acusação de suposto crime de responsabilidade. (Senado Federal, 2024)

O documento foi entregue ao presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, com assinaturas de deputados federais e outros cidadãos. Senadores da oposição, embora não tenham assinado o pedido, declararam apoio à iniciativa, visto que cabe exclusivamente ao Senado a análise de pedidos de impeachment contra ministros do STF. (Senado Federal, 2024)

Dessa forma, é frequentemente discutido o ativismo e a centralização de poderes no Supremo Tribunal Federal. Embora o STF desempenhe um papel essencial como órgão fiscalizador e guardião da Constituição, observa-se que, em certos momentos, ele parece ultrapassar suas atribuições e se envolver em disputas políticas.

Entretanto, o ativismo judicial não está isento de críticas. Alguns autores apontam que ele pode resultar em uma “judicialização da política”, fenômeno em que questões tipicamente legislativas ou executivas são decididas por juízes e tribunais. De acordo com Sarmiento (2015, p. 88), “o ativismo judicial, quando excessivo, pode

ameaçar o equilíbrio entre os poderes, conferindo ao Judiciário uma influência desproporcional na formulação de políticas públicas”. Assim, o debate sobre ativismo judicial levanta questões sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e seus limites de atuação.

Em síntese, o ativismo judicial é um reflexo das demandas sociais contemporâneas por um Judiciário mais atuante e sensível às mudanças sociais. Contudo, é fundamental que essa atuação seja exercida com parcimônia, respeitando os princípios da separação dos poderes e da legalidade, para evitar o risco de interferências indevidas nas atribuições dos outros poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade desempenha um papel essencial na preservação da ordem jurídica e na garantia de direitos fundamentais no Brasil. Por meio do sistema misto adotado pela Constituição de 1988, que combina os modelos de controle difuso e concentrado, busca-se equilibrar as necessidades de descentralização e uniformidade. Essa combinação permite que tanto os tribunais inferiores quanto o Supremo Tribunal Federal atuem na defesa da supremacia constitucional, assegurando que normas e atos do poder público estejam alinhados com os princípios e valores consagrados na Constituição.

No entanto, o modelo brasileiro enfrenta desafios significativos. Entre eles, destacam-se o ativismo judicial e a politização crescente de decisões do STF, fenômenos que vêm ampliando o papel da Corte para além de sua função de intérprete final da Constituição. Esse cenário levanta preocupações sobre a extensão dos poderes judiciais e os impactos dessa atuação sobre a separação dos poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Ao assumir posições que, em alguns casos, preenchem lacunas legislativas ou interferem em políticas públicas, o STF tem enfrentado críticas que questionam a legitimidade de sua atuação e o equilíbrio institucional.

Nesse contexto, iniciativas como a Proposta de Emenda à Constituição 8/21, que visa limitar decisões monocráticas de ministros do STF, representam esforços para assegurar maior colegialidade e transparência nas deliberações da Corte. Embora essa medida possa contribuir para fortalecer a confiança pública no sistema judicial, ela também traz desafios ao equilíbrio entre celeridade e deliberação democrática, especialmente em casos que exigem respostas rápidas para proteger direitos fundamentais ou evitar crises institucionais.

Diante desse cenário complexo, o controle de constitucionalidade no Brasil permanece uma ferramenta indispensável para a estabilidade jurídica e a proteção dos direitos fundamentais. Contudo, seu funcionamento exige uma reflexão contínua sobre os limites de atuação do Judiciário, a fim de preservar sua legitimidade e efetividade. É necessário garantir que o STF atue como um árbitro constitucional, respeitando o papel dos demais poderes e promovendo um diálogo institucional que fortaleça a governança democrática.

Além disso, o fortalecimento da educação cívica e a transparência nos processos judiciais são essenciais para aproximar o Judiciário da sociedade e aumentar a confiança popular nas instituições. A busca por um equilíbrio entre independência judicial, respeito à separação dos poderes e eficiência no controle de constitucionalidade é um desafio permanente, mas essencial para consolidar o Estado de Direito e assegurar que a Constituição continue sendo um instrumento de proteção aos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, o controle de constitucionalidade pode cumprir plenamente seu papel como guardião da ordem jurídica e da democracia no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **CCJ aprova admissibilidade de PEC que limita decisões monocráticas no STF.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1101762-comissao-de-constituicao-e-justica-aprova-proposta-que-limita-decisao-monocratica-no-stf/>. Acesso em: 14 nov. 2024

AGÊNCIA SENADO. **Senadores protocolam pedido de impeachment contra o ministro do STF Alexandre Moraes.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/09/09/apresentado-pedido-de-impeachment-contralexandre-de-moraes>. Acesso em: 14 nov. 2024.

ALVES, José Carlos Moreira. **Carta não autoriza STF a criar normas, diz Moreira Alves.** São Paulo: Valor Econômico, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 6° ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 8° ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 13. erg. Aufl., Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 3; e Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, 20. ed., tradução alemã por Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1998.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDEIROS, Oriente Dantas. **O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988, 2012.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p189.pdf Acesso em 12 out. 2024.

MENDES, Gilmar. GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18° ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 40° ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 43 ed., São Paulo: Malheiros, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O MEDO DAS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS COMO OBSTÁCULO À IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*Guilherme Castro da Silva*⁵¹

*Júlia Gomes Fernandes*⁵²

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁵³

Resumo: Este artigo examina os desafios impostos pela improbidade administrativa e pela insegurança jurídica à gestão pública no Brasil, destacando seus impactos na tomada de decisões e na implementação de políticas públicas essenciais. A análise aborda como o receio de acusações por improbidade administrativa afeta os gestores públicos, resultando em inação e falhas na execução de políticas. Por meio de uma abordagem crítica, o estudo investiga essa dinâmica, valendo-se de referências à literatura brasileira clássica para ilustrar as dificuldades enfrentadas pelos gestores diante de incertezas legais e pressões normativas. O foco recai sobre a relação entre a paralisia administrativa e o contexto normativo, com especial atenção ao Artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Argumenta-se que, embora essas normas sejam cruciais para o controle da administração pública, sua aplicação excessivamente rígida pode comprometer a eficiência na execução de políticas públicas essenciais ao desenvolvimento social e econômico.

51 Graduando em Direito no Centro Universitário Euro-Americano (Unieuro).

52 Graduanda em Direito no Centro Universitário Euro-Americano (Unieuro).

53 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia.

Conclui-se que a construção de um sistema jurídico mais equilibrado e previsível, que assegure a probidade sem desestimular a ação administrativa, é imprescindível para promover uma gestão pública eficiente, justa e orientada ao interesse coletivo.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Gestores Públicos; Segurança Jurídica; LINDB; Responsabilidade Administrativa

INTRODUÇÃO

A gestão pública no Brasil enfrenta desafios estruturais, com destaque para os impactos da improbidade administrativa. Neste contexto, a insegurança jurídica surge como um dos principais obstáculos à eficácia administrativa, prejudicando a confiança da sociedade nas instituições públicas. Portanto, a questão central que guia este estudo é: “Como a insegurança jurídica gerada pela aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, aliada ao chamado Direito Administrativo do Medo, afeta a eficácia da gestão pública no Brasil?”.

O tema é de grande relevância, especialmente diante da crescente percepção de que a gestão pública no Brasil sofre com ineficiência, desvios de recursos e falta de transparência. A insegurança jurídica, provocada por decisões contraditórias nos tribunais e pela falta de uniformidade nas interpretações legais, compromete a implementação de políticas públicas eficientes e gera desconfiança tanto nos servidores públicos quanto nos cidadãos. Assim, aprofundar a discussão sobre a relação entre improbidade administrativa, insegurança jurídica e gestão pública se torna essencial para a construção de um sistema mais robusto e transparente.

A insegurança jurídica, ao interferir na atuação dos gestores públicos, revela impactos profundos que vão além da mera hesitação nas decisões. Esse ambiente instável não apenas inibe iniciativas administrativas, mas também fragiliza o planejamento estratégico e compromete a capacidade do Estado de responder com agilidade às demandas sociais. A ambiguidade normativa e a incerteza legal geram

um ambiente de hesitação e cautela, levando os gestores a preferirem a inação a arriscar-se por decisões que possam ser posteriormente questionadas.

Esse fenômeno é denominado o “direito administrativo do medo”, no qual a paralisia administrativa se torna uma resposta à insegurança jurídica. O receio de sanções legais, como inelegibilidade, cria um ciclo de inatividade que compromete a execução de políticas públicas fundamentais. O temor da responsabilização por improbidade administrativa é um dos maiores obstáculos à ação governamental, com gestores adotando posturas excessivamente cautelosas, o que enfraquece a governança e prejudica a eficiência da administração pública. A insegurança jurídica desestimula a tomada de decisões necessárias, resultando em paralisia e ineficiência nas ações governamentais.

Esse quadro reflete um ambiente de “apagão das canetas”, onde a falta de clareza e a excessiva cautela dos gestores comprometem a capacidade decisória e a implementação de ações essenciais. O receio de decisões erradas, exacerbado pela subjetividade na avaliação de culpa e pelos excessos dos órgãos de controle, inibe a inovação e afasta profissionais qualificados e íntegros do setor público.

Nesse contexto, surgem dois perfis de gestores: o primeiro, paralisado pelo medo das consequências legais, opta pela inação. O segundo, desconsiderando os riscos jurídicos, busca resultados rápidos, muitas vezes ultrapassando limites éticos ou normativos. Esses perfis se traduzem, no cenário político, em líderes excessivamente cautelosos, que evitam agir por receio das repercussões legais, e líderes mais ousados e inescrupulosos, que exploram lacunas normativas em busca de resultados imediatos.

A improbidade administrativa, central na legislação brasileira, reflete diretamente essa insegurança jurídica. Embora tenha um papel crucial no combate à corrupção, a legislação sobre improbidade cria um ambiente de receio que enfraquece a ação governamental e retarda a implementação de políticas públicas. Nesse contexto, o Artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge como

uma tentativa de mitigar esses efeitos, propondo uma abordagem mais pragmática e empática nas decisões administrativas. O artigo busca proporcionar maior segurança jurídica aos gestores, permitindo-lhes tomar decisões fundamentadas e razoáveis, sem o temor constante de punições decorrentes de interpretações excessivamente rigorosas das normas.

Conforme Eduardo Jordão, o art. 22 da LINDB visa promover uma análise mais humanizada das dificuldades dos gestores, estreitando a relação entre o direito e a prática administrativa, e proporcionando maior segurança jurídica para decisões fundamentadas e razoáveis. A aplicação desse artigo encoraja os órgãos de fiscalização a reconhecer as limitações dos gestores, adotando uma perspectiva mais realista e sensível ao contexto em que atuam.

Para ilustrar o impacto da insegurança jurídica, o artigo recorre à obra *O Cortiço* (AZEVEDO, 1890), de Aluísio Azevedo, onde a corrupção e a busca por interesses individuais permeiam o cotidiano dos personagens, refletindo os desafios enfrentados pela administração pública.

A interdisciplinaridade entre o direito e a literatura oferece uma análise aprofundada sobre a aplicação das normas jurídicas, especialmente em contextos de exclusão e desigualdade social. Ela revela como a insegurança jurídica pode reforçar a marginalização, como exemplificado em *O Cortiço*, de Aluísio Azevedo, e, de forma comparativa, em *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos. Ambas as obras retratam personagens cujas vozes são silenciadas, não apenas pelas condições sociais adversas, mas também pela incompreensão das normas que regulam suas vidas.

A análise da intersecção entre literatura e direito permite entender como a insegurança jurídica afeta não apenas os indivíduos marginalizados, mas também a atuação dos gestores públicos. Nesse contexto, as obras literárias se tornam ferramentas essenciais para despertar a consciência social e fomentar reflexões sobre a necessidade de um sistema jurídico mais justo e acessível a todos.

Este artigo tem como objetivo analisar os efeitos da improbidade administrativa na gestão pública, evidenciando como a insegurança jurídica prejudica a eficácia das políticas públicas. Será abordado o papel do Artigo 22 da LINDB na promoção de uma administração pública mais eficiente, ao proteger gestores que agem de boa-fé e incentivar decisões bem fundamentadas. O estudo também investiga o impacto do temor das sanções legais, discutindo os avanços propostos pelo Artigo 22 e sua relação com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Por fim, adota-se uma abordagem interdisciplinar, recorrendo a referências literárias para mostrar como os dilemas da insegurança jurídica vão além do campo jurídico, expondo desafios estruturais mais amplos para a administração pública.

1. MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA: FUNDAMENTOS ÉTICOS NA GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A moralidade e a probidade administrativa são pilares essenciais para a boa gestão pública, especialmente em um país como o Brasil, onde desafios relacionados à corrupção e à falta de ética no setor público ainda são evidentes. Esses princípios estão intimamente ligados à ideia de administração pública como um instrumento de promoção do bem comum, em que os interesses coletivos devem prevalecer sobre os interesses individuais.

A moralidade administrativa é reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como um dos princípios basilares da administração pública (art. 37, caput). Esse princípio transcende o cumprimento literal da lei, demandando uma conduta ética e transparente por parte dos agentes públicos. Como aponta Di Pietro (2024), “a moralidade administrativa exige que os atos sejam praticados não apenas conforme a lei, mas também de acordo com os padrões éticos aceitos pela sociedade”.

Já a probidade administrativa refere-se à honestidade e à integridade no trato com a coisa pública, sendo seu descumprimento

passível de sanções severas. A Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, estabelece medidas para coibir e punir a prática de atos que causem prejuízo ao erário, enriqueçam ilícitamente ou violem os princípios da administração pública. Essa legislação reflete o compromisso do ordenamento jurídico brasileiro em garantir a accountability dos gestores públicos. (Brasil, 1992)

A combinação da moralidade e da probidade cria um alicerce para o fortalecimento da gestão pública. Uma administração pautada nesses valores não apenas reforça a confiança da população nas instituições, mas também promove a eficiência, a equidade e a transparência na prestação de serviços públicos. Para tanto, é imprescindível que a sociedade participe ativamente na fiscalização das ações governamentais, cobrando ética e responsabilidade de seus representantes.

A Administração Pública transcende a mera observância literal da lei. Deve refletir um compromisso com valores éticos, como a lealdade, a boa-fé e a disciplina interna, que assegurem não só a legalidade formal, mas a prática de uma gestão honesta e eficaz. Esse ideal de moralidade administrativa significa não apenas cumprimento das normas, exigindo dos agentes públicos uma conduta orientada pela probidade e pela integridade. (PIETRO, 2024)

Kant, em sua obra *A Paz Perpétua* (1795), ressalta que a justiça e o direito só podem existir sob a forma da publicidade, pois “sem ela não haveria justiça alguma, por conseguinte, também não haveria nenhum direito, que só se outorga a partir da justiça”. Essa perspectiva filosófica fundamenta a necessidade de transparência como elemento essencial para a moralidade e a probidade na Administração Pública. Da mesma forma que o direito depende da publicidade para assegurar sua legitimidade, a gestão pública deve pautar-se pela visibilidade e acessibilidade de seus atos, permitindo que os cidadãos avaliem e fiscalizem a conduta dos agentes públicos.

Conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ordenamento jurídico brasileiro já previa, desde longa data, a improbidade administrativa como uma infração grave, especialmente

direcionada aos agentes políticos. Contudo, foi apenas com a Constituição de 1988 que se consolidou uma distinção clara entre os conceitos de moralidade e probidade administrativa. Nesse contexto, destaca-se:

A improbidade administrativa, como ato ilícito, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde longa data, para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate à corrupção, ao falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que sujeitava o agente ao sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. O mesmo não ocorreu com a lesão à moralidade. A inclusão do princípio da moralidade administrativa entre os princípios constitucionais impostos à Administração é bem mais recente, porque ocorreu apenas com a Constituição de 1988. Vale dizer que, nessa Constituição, quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, caput) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, § 4º) (PIETRO, 2024).

Assim, foi apenas com a Constituição de 1988 que o princípio da moralidade administrativa adquiriu maior relevância, estendendo-se a toda a Administração Pública e ampliando as formas de sanção contra atos de improbidade.

A inclusão da moralidade como princípio constitucional reflete a crescente preocupação com a ética no setor público. Antes limitada aos agentes políticos, a improbidade passou a abranger todos os servidores públicos e diversas condutas além do enriquecimento ilícito, fortalecendo o combate à corrupção e à impunidade. Esse avanço não apenas fortaleceu a exigência de uma atuação pautada na lei, mas também reafirmou a importância de valores éticos fundamentais na

governança pública (PIETRO, 2024). O ideal kantiano da publicidade, nesse contexto, reforça a transparência como base ética indispensável para uma sociedade mais justa e responsável.

A legalidade em sentido estrito refere-se ao cumprimento formal da lei, como previsto no artigo 5º, II, da Constituição. Já a legalidade em sentido amplo incorpora princípios e valores éticos que orientam o ordenamento jurídico. Assim, moralidade e probidade, enquanto princípios, convergem na busca por uma Administração Pública íntegra. Contudo, enquanto infrações, a improbidade é mais abrangente que a imoralidade, pois a lesão ao princípio da moralidade é apenas uma das hipóteses de atos de improbidade previstos em lei. (PIETRO, 2024)

A Lei 8.429/92 estabelece três categorias de atos de improbidade administrativa: os que resultam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Embora tenha havido alterações legislativas, como a inclusão e posterior revogação do artigo 10-A pela Lei 14.230/21, permanece claro que a improbidade se define não só pela violação da legalidade, mas pela afronta a valores éticos fundamentais à boa governança.

Portanto, a moralidade e a probidade administrativa devem ser encaradas como elementos estruturantes para uma gestão pública eficiente e justa, essencial para o desenvolvimento sustentável do Brasil. Apenas por meio do respeito a esses princípios é que será possível consolidar um modelo de governança que priorize os interesses coletivos e contribua para a construção de uma sociedade mais ética e igualitária.

2. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A classificação dos atos de improbidade administrativa é um tema fundamental para a compreensão do regime jurídico que busca

proteger os princípios da administração pública. Regulamentados pela Lei nº 8.429/1992, os atos de improbidade administrativa são categorizados em três tipos principais, de acordo com a conduta praticada e o dano causado ao interesse público.

A ação de improbidade administrativa é um instrumento jurídico utilizado para responsabilizar administradores públicos e terceiros que pratiquem condutas contrárias aos princípios da moralidade administrativa. Assim, o objetivo da improbidade administrativa é preservar esse princípio essencial, por meio do reconhecimento judicial das práticas ilícitas e da aplicação das sanções previstas em lei. A Constituição Federal, no art. 37, § 4.º, estabelece que esses atos resultam em suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo de eventuais ações penais. (FILHO, 2024)

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), profundamente modificada pela Lei 14.230/2021, regula essa matéria. De acordo com o art. 12, o responsável por ato de improbidade está sujeito a sanções aplicáveis isolada ou cumulativamente, considerando a gravidade do ato. Contudo, a lei não disciplina atos ilícitos civis nem a responsabilidade funcional, que são regulados por normas específicas, e tampouco dispõe sobre aspectos penais, que seguem a legislação correlata.

A improbidade administrativa engloba sanções como a suspensão de direitos políticos, a perda de cargo público e o ressarcimento ao erário. Além disso, é possível a cumulação dessas punições com sanções civis, administrativas e penais. Um exemplo seria o caso de um agente público que exige benefício patrimonial indevido, sujeitando-se a penas criminais, sanções disciplinares e indenização ao Estado. (FILHO, 2024)

Os atos de improbidade são classificados, segundo a Lei, em três grupos: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios fundamentais. Para configurar a improbidade, é necessária a conjugação de uma conduta material que viole a ordem jurídica e o dolo como elemento subjetivo.

O primeiro tipo corresponde aos atos que importam enriquecimento ilícito, previstos no art. 9º da referida lei. Esses atos ocorrem quando o agente público utiliza de sua função para obter vantagens patrimoniais indevidas em detrimento da administração pública. Exemplos incluem o recebimento de propinas ou a utilização de recursos públicos para fins pessoais. Como afirma Di Pietro (2024), “o enriquecimento ilícito é uma das manifestações mais graves da improbidade administrativa, pois implica desvio direto de recursos destinados ao interesse coletivo”.

O enriquecimento ilícito, ainda descrito no art. 9º, abrange condutas que resultam em acréscimo patrimonial indevido. Esse dispositivo traz exemplos organizados em subgrupos: percepção de vantagens indevidas, apropriação de bens do erário, conflitos de interesse e enriquecimento sem justificativa. O dolo é essencial para configurar esses atos, que exigem a intenção deliberada de alcançar um resultado reprovável.

O segundo tipo abrange os atos que causam prejuízo ao erário, disciplinados no art. 10. Aqui, o foco está nos atos que resultam em perdas financeiras para o patrimônio público, independentemente de enriquecimento pessoal do agente. Entre os exemplos estão a realização de despesas sem a devida comprovação ou o desvio de verbas públicas. Nesse sentido, a lei estabelece a necessidade de reparar o dano causado ao erário como medida de proteção aos cofres públicos. Este artigo trata de atos que causam prejuízo ao erário, os quais dependem de um resultado material lesivo para se concretizarem. A mera irregularidade administrativa, como a ausência de licitação, não basta para configurar a improbidade se não houver prejuízo comprovado. A Lei 14.230/2021 reforçou a necessidade de dolo nesses casos, eliminando a modalidade culposa.

O terceiro tipo refere-se às condutas que atentam contra os princípios da administração pública, descritas no art. 11. Essas condutas não necessariamente implicam enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, mas violam princípios como legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Exemplo disso é a omissão

de deveres legais por parte do agente público. Di Pietro (2019) destaca que “a ofensa a princípios representa um ataque direto à estrutura ética e à legitimidade da gestão pública”.

Ainda no que se refere ao art. 11, os atos de improbidade contra os princípios fundamentais da administração exigem a prática de condutas específicas que violem deveres como honestidade, imparcialidade e legalidade. Embora haja consenso de que o art. 11 apresenta um rol taxativo de condutas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp n.º 1912569-AL, sob relatoria do Ministro Humberto Martins, em 14 de abril de 2023, confirmou que a taxatividade do artigo foi consolidada pelas alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021. Dessa forma, para que uma conduta funcional seja classificada como ato de improbidade por afronta aos princípios da Administração Pública, é necessário demonstrar de forma objetiva a prática de uma ilegalidade no exercício da função pública. (FILHO, 2024)

A alteração pela Lei 14.230/2021 exige a comprovação do dolo específico para a configuração da improbidade administrativa. Isso significa que não basta a mera voluntariedade da conduta, é necessário demonstrar que a intenção do agente era de violar os bens jurídicos protegidos. Embora essa mudança tenha sido alvo de críticas, ela representa um avanço, ao reduzir o risco de punições injustas e combater o “apagão das canetas” (GULLO, 2023), limitando a responsabilização às condutas efetivamente reprováveis e protegendo agentes públicos de boa-fé.

O Supremo Tribunal Federal, no Tema 1199, firmou o entendimento de que a Lei 14.230/2021 não retroage. A revogação da modalidade culposa não se aplica a atos praticados antes da vigência da nova lei, nem a casos transitados em julgado ou em execução. Contudo, a nova legislação pode ser aplicada a atos cometidos durante a vigência da lei anterior, desde que não haja condenação definitiva, exigindo a comprovação do dolo específico.

Embora a negligência ou imprudência não configurem improbidade, essas condutas podem resultar em sanções

administrativas, como a demissão por processo disciplinar, conforme o estatuto do servidor público (GULLO, 2023). A análise do dolo eventual na improbidade reforça a necessidade de um exame rigoroso das circunstâncias de cada caso, evitando interpretações que favoreçam a impunidade. Assim, a LIA reafirma que apenas o dolo resulta em penalidades civis, alinhando-se aos princípios constitucionais de justiça e segurança jurídica, e fortalecendo a atuação do Ministério Público e do Judiciário.

O artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) estabelece, em seus três incisos, um conjunto de sanções aplicáveis aos agentes que praticam atos de improbidade. Essas penalidades podem ser impostas de forma isolada ou cumulativa, conforme a gravidade do ato e o dispositivo infringido, buscando garantir a efetividade do combate à corrupção e à má gestão pública.

As sanções patrimoniais para os atos de enriquecimento ilícito previstos no art. 9.º da LIA incluem a perda dos bens obtidos ilicitamente e o pagamento de multa civil correspondente ao valor do enriquecimento. Além disso, o agente está sujeito a sanções não patrimoniais, como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por até 14 anos e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo mesmo período.

No caso de atos que causam prejuízo ao erário, descritos no art. 10, as penalidades também são rigorosas, visando ressarcir os danos causados ao patrimônio público. As sanções patrimoniais incluem a devolução dos valores ilicitamente acrescidos e a aplicação de multa civil equivalente ao prejuízo gerado. No aspecto não patrimonial, estão previstas a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por até 12 anos e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo mesmo período. (FILHO, 2024)

Os atos que atentam contra os princípios da administração pública, tratados no art. 11, possuem sanções menos severas, mas ainda significativas. Neste caso, é prevista a aplicação de multa civil

de até 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, além da proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, por até 4 anos. Contudo, a Lei 14.230/2021 trouxe uma importante mudança ao eliminar a possibilidade de suspensão dos direitos políticos como sanção para infrações desse artigo, reconhecendo a inadequação da medida sob o prisma da proporcionalidade, conforme já apontado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Além das sanções previstas na LIA, os atos de improbidade podem acarretar outras consequências para os agentes, como a inelegibilidade. O art. 1.º, I, g, da Lei Complementar 64/1990 estabelece que aqueles cujas contas públicas foram rejeitadas por ato doloso de improbidade administrativa são inelegíveis por 8 anos, contados da decisão irrecorrível. No entanto, a Lei Complementar 184/2021 introduziu uma exceção, determinando que essa regra não se aplica aos responsáveis cujas contas foram julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados apenas com multa. (FILHO, 2024)

Essa classificação não apenas facilita a identificação das condutas reprováveis, mas também orienta a aplicação de penalidades proporcionais à gravidade do ato praticado. Entre as sanções previstas estão a perda da função pública, o ressarcimento ao erário, a multa civil e a suspensão dos direitos políticos.

Portanto, compreender a classificação dos atos de improbidade administrativa é essencial para fortalecer os mecanismos de controle e responsabilização na administração pública. Ao delimitar as condutas que ferem o interesse coletivo, a legislação contribui para a construção de uma gestão mais ética e transparente.

3. A INSEGURANÇA JURÍDICA E SEUS EFEITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A insegurança jurídica é um dos grandes desafios enfrentados pela administração pública brasileira, com impactos significativos

na efetividade das políticas públicas e na confiança da sociedade nas instituições. Este fenômeno caracteriza-se pela instabilidade e imprevisibilidade nas normas, decisões judiciais e interpretações legais, o que pode comprometer tanto a execução de projetos quanto a tomada de decisões pelos gestores públicos.

Um dos principais fatores que geram insegurança jurídica é a frequente mudança normativa, que dificulta o planejamento de longo prazo. Gestores públicos frequentemente se deparam com legislações alteradas ou revogadas em curto espaço de tempo, o que os obriga a adaptar projetos e iniciativas de maneira emergencial. Como destaca Di Pietro (2024), “a instabilidade normativa compromete a previsibilidade necessária para uma administração eficiente, gerando custos adicionais e riscos de responsabilização dos agentes”.

Outro fator é a divergência de interpretação entre os tribunais e órgãos de controle, como os Tribunais de Contas. Essas divergências podem levar à paralisação de obras e à revisão de contratos, resultando em atrasos na prestação de serviços públicos essenciais. Em muitos casos, gestores preferem adotar uma postura conservadora para evitar penalidades, o que, paradoxalmente, pode limitar a inovação e a eficiência no setor público.

Os efeitos da insegurança jurídica se estendem à credibilidade da administração pública perante a sociedade e o setor privado. Investidores frequentemente hesitam em firmar parcerias público-privadas devido à incerteza sobre a estabilidade das regras. Isso impacta negativamente a capacidade do Estado de atrair recursos para projetos de infraestrutura e desenvolvimento.

Para mitigar a insegurança jurídica, é fundamental que haja um esforço conjunto entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O fortalecimento da segurança jurídica passa pela elaboração de normas claras, pela harmonização das interpretações legais e pela promoção de decisões judiciais mais consistentes. Além disso, a capacitação dos gestores públicos em temas de direito administrativo pode contribuir para uma atuação mais segura e eficaz.

A insegurança jurídica representa um dos maiores entraves à eficiência da administração pública no Brasil, criando um ambiente de incertezas que desestimula a tomada de decisões e prejudica a execução de políticas públicas. O fenômeno do “apagão das canetas”, em que gestores evitam decisões relevantes por receio de consequências jurídicas, é um reflexo direto dessa realidade, resultando na paralisação administrativa e no comprometimento do atendimento às demandas da sociedade.

No cenário de um “direito administrativo do medo”, surgem dois perfis antagônicos de agentes públicos: o excessivamente cauteloso, que opta pela inação para evitar riscos, e o oportunista, que manipula lacunas legais para obter vantagens pessoais ou políticas. O primeiro perpetua a ineficiência e a lentidão da máquina pública, enquanto o segundo utiliza a ambiguidade normativa para reforçar práticas corruptas e antidemocráticas, ampliando a desconfiança na administração.

Dados do Tribunal de Contas da União (TCU) revelam que 86,8% dos gestores públicos identificam a burocracia como um grande obstáculo à inovação, sendo o medo do controle um fator significativo. Embora apenas 26,3% atribuam ao controle externo um impacto impeditivo direto, a percepção de sanções desproporcionais evidencia como a insegurança jurídica continua a inibir a adoção de práticas inovadoras e eficientes (BRASIL, 2018).

A insegurança jurídica não apenas inibe ações legítimas, mas também cria um ambiente fértil para a corrupção. Grupos de pressão, aproveitando-se das lacunas legais e do temor de gestores éticos, frequentemente exercem influência indevida para obter vantagens ilícitas, reforçando um ciclo de práticas corruptas. Esse contexto favorece empresas e agentes oportunistas, enquanto penaliza gestores comprometidos e éticos, além de comprometer a livre concorrência e a eficiência administrativa.

Essa dinâmica é ilustrada por Aluísio Azevedo em *O Cortiço* (AZEVEDO, 1890), onde personagens exploram a vulnerabilidade alheia e as falhas de um sistema desestruturado para alcançar

objetivos individuais. O exemplo de Bertoleza, mantida sob controle por uma falsa carta de alforria mesmo após a abolição da escravidão, metaforiza a utilização de incertezas jurídicas para perpetuar a exploração e a desigualdade. Essa situação reflete, no contexto administrativo, a vulnerabilidade dos mais fracos diante de normas ambíguas e controles sem critérios.

No plano político, essa dinâmica reflete líderes que, ao ignorarem os direitos dos outros ou explorarem falhas no sistema, perpetuam desigualdades e ineficiência. A insegurança jurídica, analisada à luz da teoria dos jogos, pode ser vista como um *Equilíbrio de Nash subótimo*. Aqui, os atores políticos, ao buscarem maximizar seus interesses, adotam estratégias vantajosas considerando as respostas dos outros. O político excessivamente cauteloso adota a inação para reduzir os riscos legais, enquanto o oportunista explora as incertezas do sistema para obter ganhos.

Essa interação estratégica alimenta um ciclo vicioso: o medo de sanções reforça a postura de cautela, que, por sua vez, facilita a exploração do sistema por oportunistas, gerando uma administração pública ineficiente e distante do interesse coletivo. O resultado é um equilíbrio subótimo, caracterizado pela paralisia administrativa, alimentada pela inação, e pela corrupção, fomentada pelo oportunismo. Esse ambiente desestimula a participação de políticos éticos e comprometidos com o bem público, favorecendo, em contrapartida, aqueles dispostos a explorar as falhas do sistema.

O romance *O Cortiço* (AZEVEDO, 1890) também ilustra essa paralisia decisional, como visto no impasse entre João Romão e Miranda pela construção de um muro. A falta de acordo entre as partes reflete a dificuldade de resolução de conflitos em um ambiente onde a insegurança jurídica predomina. João Romão insiste na construção do muro, mas Miranda se opõe, afirmando que a ação é puramente uma questão de capricho:

— É fazer o muro! dizia o João Romão, sacudindo os ombros.

— Não faço! replicava o outro. Se ele é questão de capricho eu também tenho capricho!

Esse impasse reflete como a falta de regras claras e a disputa por interesses individuais podem comprometer a ação coletiva, característica de uma administração pública paralisada pela insegurança jurídica. Assim como no cortiço, onde os moradores priorizam os interesses individuais em detrimento do bem comum, a administração pública, marcada pela incerteza nas normas, se vê incapaz de implementar políticas eficazes, resultando em falhas na gestão pública.

A supervalorização do direito e a idealização dos fatos, como argumenta Eduardo Jordão, contribuem para a inação (JORDÃO, 2018). A visão do direito como uma solução para todos os problemas sociais, combinada com o rigor excessivo na aplicação da lei, cria um ambiente de insegurança jurídica que impede os gestores de agir. A busca por resultados irreais, juntamente com a negligência das dificuldades práticas enfrentadas na implementação das políticas públicas, torna ainda mais difícil a tomada de decisões. A paralisia administrativa reflete, assim, a complexidade da realidade e a indeterminação das normas jurídicas, que tornam os gestores inseguros e temerosos das consequências legais de suas ações.

Em *O Cortiço* (AZEVEDO, 1890), a supervalorização do direito e a idealização dos fatos são evidenciadas pelos personagens Miranda e João Romão. Miranda, em sua busca por títulos e status social, idealiza a lei como uma ferramenta de ascensão, mas sua crença cega na ordem e na justiça o impede de perceber as realidades sociais e econômicas do cortiço. Por outro lado, João Romão, pragmático e sem escrúpulos, rejeita a idealização da lei e se apoia em métodos ilícitos para alcançar seus objetivos, como demonstrado pela construção do muro. Sua falta de consideração pelas normas reflete uma visão utilitarista da realidade, onde os fins justificam os meios.

Essa idealização do direito, quando desconectada das circunstâncias concretas, resulta em paralisia e insegurança. O

exemplo de Miranda ilustra bem esse fenômeno: sua incapacidade de se adaptar às mudanças e desafios do entorno reflete o peso da supervalorização do direito, que, ao ser abstraído da realidade, mina a ação efetiva e a capacidade de adaptação.

A vulnerabilidade dos mais fracos, como Bertoleza, é intensificada pela falha do sistema jurídico em protegê-los da exploração. A crítica de Aluísio Azevedo à idealização do direito revela como a supervalorização das normas, sem levar em conta o contexto social e as barreiras no acesso à justiça, contribui para perpetuar desigualdades e injustiças, refletindo as contradições da sociedade brasileira.

Conforme argumenta Eduardo Jordão, a falta de empatia por parte dos órgãos de controle é um dos principais obstáculos para compreender as dificuldades enfrentadas pelos gestores públicos. Quando as normas são aplicadas de forma rigorosa e descontextualizada, sem considerar a realidade prática dos gestores, o medo de punições injustas gera uma paralisia decisional. Assim, a interpretação pragmática e contextualizada das normas jurídicas surge como uma alternativa crucial, permitindo que os gestores tomem decisões com mais confiança, sem o receio de serem punidos por interpretações rígidas e desproporcionais da legislação. (JORDÃO, 2018)

Embora o autor não utilize explicitamente a expressão “apagão das canetas”, sua análise sobre a insegurança jurídica, o medo da improbidade administrativa e a paralisia decisional nos gestores públicos se aproxima diretamente desse fenômeno. A proposta de uma abordagem mais contextualizada e sensível às circunstâncias concretas visa estimular a ação administrativa, ao mesmo tempo em que busca evitar punições desproporcionais e injustas.

No contexto de O Cortiço (AZEVEDO, 1890) vemos o reflexo dessa dinâmica quando, apesar das inúmeras dificuldades, os personagens buscam atender a seus interesses pessoais sem considerar o bem coletivo. A corrupção implícita nas relações sociais descritas por Aluísio Azevedo espelha como a manipulação das lacunas legais, seja

em uma pequena comunidade ou no poder público, pode enfraquecer as instituições, afastando aqueles que desejam agir com ética e integridade.

Em suma, tanto no contexto de *O Cortiço* (AZEVEDO, 1890) quanto na administração pública, a insegurança jurídica resulta em paralisia administrativa e corrupção, prejudicando a eficiência do Estado e a implementação de políticas públicas que atendam às necessidades da população. Esse ciclo afeta diretamente a gestão pública, pois empresários corruptos pressionam políticos para obter benefícios ilícitos, enquanto a insegurança jurídica dificulta o combate a essas práticas, afastando gestores éticos e comprometidos com o bem comum.

A Lei nº 13.655/2018, ao introduzir novos dispositivos na LINDB, busca enfrentar esse cenário ao proporcionar maior estabilidade jurídica para gestores públicos. Ao exigir a consideração de circunstâncias práticas e resultados concretos na aplicação das normas, a legislação promove uma interpretação mais razoável e proporcional, reduzindo o temor de sanções injustas e incentivando uma gestão pública mais eficiente.

A principal inovação da lei reside na introdução de critérios objetivos que equilibram controle e discricionariedade. Esse avanço é crucial para mitigar a paralisia administrativa, permitindo que os gestores tomem decisões fundamentadas e seguras, sem receio de interpretações arbitrárias ou punitivistas (OLIVEIRA, 2018).

A insegurança jurídica transcende a mera complexidade normativa, configurando-se como um obstáculo estrutural à gestão pública no Brasil. Ao perpetuar a paralisia decisória e fomentar práticas corruptas, ela compromete a implementação de políticas públicas eficazes e o atendimento às necessidades sociais. Avanços como os promovidos pela Lei nº 13.655/2018 sinalizam caminhos para a superação desse cenário, mas sua efetividade depende de uma mudança cultural nos órgãos de controle e na administração pública, com foco em interpretações jurídicas contextualizadas e na valorização do interesse coletivo.

Conforme leciona Di Pietro (2024), “a segurança jurídica não é apenas um princípio jurídico, mas uma condição essencial para o funcionamento harmonioso da administração pública e para a promoção do bem comum”. Portanto, garantir a estabilidade e previsibilidade no ordenamento jurídico é um passo indispensável para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

4. O IMPACTO DO ARTIGO 22 DA LINDB NA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

As alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021, ao exigir dolo específico para a configuração de atos de improbidade administrativa, ampliaram a segurança jurídica no âmbito da administração pública. A nova redação da LIA limita as sanções a condutas caracterizadas pela intenção consciente de alcançar um resultado ilícito, excluindo punições por erros administrativos ou condutas culposas, como negligência. Associada à interpretação contextualizada das normas prevista na LINDB, essa mudança estabelece um ambiente normativo mais equilibrado e previsível para os gestores.

A exigência de dolo específico também atua como resposta ao fenômeno do “apagão das canetas”, ao reduzir o receio de responsabilizações excessivas e incentivar decisões administrativas fundamentadas. Em harmonia com a Lei nº 13.655/2018, a reforma protege os gestores que agem de boa-fé e dentro da razoabilidade, garantindo avaliações proporcionais e contextualizadas. O arcabouço normativo, assim, busca responsabilizar práticas ilícitas sem comprometer a eficiência e a continuidade das políticas públicas.

Ao alterar a LINDB, a Lei nº 13.655/2018 introduziu dispositivos que promovem segurança jurídica e enfrentam a paralisia decisória de gestores temerosos de punições desproporcionais. O artigo 22, em particular, exige a consideração das circunstâncias específicas e da boa-fé na interpretação das normas aplicáveis à administração pública. Essa abordagem pragmática não apenas protege aqueles

que agem em conformidade com o interesse público, mas também contribui para mitigar a insegurança jurídica que desestimula decisões necessárias. Embora insuficiente, por si só, para resolver o “apagão das canetas”, o artigo 22 fortalece a previsibilidade e encoraja decisões fundamentadas, promovendo uma gestão pública eficiente e eficaz.

O artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), introduzido pela Lei nº 13.655/2018, trouxe avanços significativos para a responsabilidade administrativa ao incorporar princípios de proporcionalidade e razoabilidade na análise das decisões tomadas pelos agentes públicos. Esse dispositivo busca mitigar os efeitos da insegurança jurídica e do já citado “apagão das canetas”, promovendo maior equidade na responsabilização administrativa.

O texto do artigo 22 determina que, ao avaliar a regularidade de uma decisão administrativa, devem ser considerados os obstáculos e dificuldades reais enfrentados pelo gestor, bem como as exigências das políticas públicas sob sua responsabilidade. Como aponta Carvalho (2020), “o dispositivo inaugura um novo paradigma ao reconhecer a complexidade do contexto administrativo, afastando interpretações automáticas e punitivistas”.

Esse dispositivo também fortalece o princípio da finalidade, exigindo que a responsabilização dos agentes públicos esteja pautada na demonstração do dolo ou erro grosseiro. A inclusão dessa exigência contribui para evitar punições indevidas, incentivando os gestores a tomarem decisões informadas e ousadas, sem receio de penalidades arbitrárias. Nesse sentido, Motta (2019) observa que “a aplicação do artigo 22 da LINDB é crucial para alinhar a responsabilização administrativa com os princípios da segurança jurídica e da justiça material”.

O artigo em comento, ao introduzir uma interpretação contextualizada e flexível das normas, visa reduzir a insegurança jurídica e proteger gestores de boa-fé. Essa flexibilidade contribui para mitigar o receio de sanções excessivas, muitas vezes associado à aplicação rígida da LIA. No entanto, sua aplicação exige análise

críteriosa das circunstâncias específicas, garantindo que a responsabilização administrativa seja justa e proporcional.

O caput do art. 22 exige a consideração dos obstáculos reais enfrentados pelos gestores e das demandas das políticas públicas, enquanto o § 1º determina que as “circunstâncias práticas” sejam avaliadas na atividade de controle. Esses dispositivos sustentam a justificação das condutas dos gestores em situações de dificuldades relevantes. O § 2º, por sua vez, define critérios para a dosimetria das sanções, como a gravidade da infração, os danos à administração, os agravantes e os antecedentes.

Um exemplo ilustrativo da aplicação do artigo 22 é o Acórdão 1780/2022 do Tribunal de Contas da União (TCU). No caso em questão, os gestores autorizaram a abertura de um processo licitatório com base em uma pesquisa de preços realizada a partir de uma única fonte, o que configuraria uma irregularidade. No entanto, o TCU reconheceu que os gestores se basearam em pareceres técnicos e informações adequadas, e que a decisão final sobre a pesquisa de preços era de responsabilidade da área técnica. Assim, aplicou-se o artigo 22 da LINDB para afastar a punição, considerando que o erro derivou de dificuldades práticas, e não de dolo ou má-fé.

Esse exemplo demonstra como o artigo 22 promove uma abordagem pragmática, incentivando decisões informadas e colaborativas entre gestores e órgãos de controle. Contudo, sua aplicação não é irrestrita. Em casos de negligência evidente ou desconsideração de alertas técnicos, como no exemplo de um gestor que autoriza uma contratação irregular mesmo após advertências, o artigo 22 não deve ser aplicado. Tal conduta configura violação de princípios administrativos, como a legalidade e a eficiência, demandando responsabilização proporcional.

O Tribunal de Contas da União (TCU) também tem aplicado o art. 22 da LINDB na dosimetria das sanções, mas a tarefa de fundamentar e/ou esclarecer o cálculo das penas continua apresentando sérios desafios. O TCU ainda não conseguiu estabelecer uma jurisprudência que forneça critérios mais claros ou previsíveis para a aplicação dessa

norma. Assim, observa-se uma significativa falta de justificativas concretas para a definição de percentuais de multa, muitas vezes baseadas em suposições sobre a gravidade das condutas sem uma explicação detalhada. Apesar das intenções da LINDB em promover a construção de parâmetros mais objetivos, essa diretriz ainda não se refletiu nas decisões do TCU (BRASIL, 2022).

A introdução do artigo 22 pela Lei nº 13.655/2018 representa um avanço no enfrentamento da chamada “loteria hermenêutica” que permeia a Administração Pública, contribuindo para a redução da insegurança jurídica. No entanto, a imprevisibilidade interpretativa persiste como desafio, perpetuando o receio entre gestores e comprometendo a eficiência administrativa (OLIVEIRA, 2018).

A aplicação criteriosa do artigo 22 é essencial para garantir uma gestão pública responsável, que equilibre a proteção aos gestores de boa-fé com a responsabilização de condutas negligentes ou incompatíveis com o interesse público. Nesse contexto, o dispositivo se consolida como ferramenta indispensável para a promoção de políticas públicas eficazes e sustentáveis.

Na prática, o artigo 22 oferece um contrapeso à atuação dos órgãos de controle, como Tribunais de Contas e Ministério Público, que frequentemente analisam atos administrativos de forma desvinculada do contexto em que foram praticados. A norma reforça a necessidade de uma abordagem mais pragmática, em que as dificuldades concretas da gestão pública sejam consideradas antes de imputar qualquer responsabilidade.

Porém, a aplicação do artigo 22 ainda enfrenta resistências. Alguns argumentam que a norma pode ser utilizada para justificar condutas negligentes ou ineficazes. Contudo, essa crítica é mitigada pela exigência de demonstração de dolo ou erro grosseiro, que estabelece um limite claro para a proteção oferecida aos gestores públicos.

Em síntese, o impacto do artigo 22 da LINDB na responsabilidade administrativa é positivo, ao promover uma análise contextual e equilibrada das decisões públicas. Esse dispositivo contribui para

uma administração mais eficiente e justa, ao mesmo tempo em que fortalece a confiança dos gestores em exercitar seu papel de forma responsável e inovadora.

5. TEORIA ECONÔMICA DO CRIME: POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O DILEMA ENTRE AUTONOMIA E RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

No *Leviatã* (HOBBS, 1651), Thomas Hobbes apresenta o medo como elemento central para a organização social e o cumprimento das leis, alicerçado em sua teoria do contrato social. O filósofo sustenta que os indivíduos, temendo o caos e a violência inerentes ao estado de natureza, renunciam a parte de sua liberdade em favor de um soberano capaz de garantir ordem e segurança. Esse temor constante de um estado de guerra leva à consolidação de um governo forte, que proporciona liberdade dentro dos limites da ordem civil.

Entretanto, quando o medo da responsabilização é amplificado por um controle normativo excessivamente rigoroso ou inadequado, ele pode inibir ações legítimas e necessárias, comprometendo a eficiência administrativa. Ao mesmo tempo, a constante percepção de risco na sociedade alimenta o clamor por segurança, levando o legislador a endurecer as penas e reforçando a intrínseca relação entre Direito, medo e controle social.

A teoria econômica do crime, proposta por Gary Becker (1968), parte da premissa de que os indivíduos, incluindo criminosos, tomam decisões baseadas em uma análise racional de custo-benefício. Nesse modelo, o agente criminoso pondera o benefício do crime, representado pelas vantagens monetárias ou psicológicas, contra os custos da repressão, que incluem a severidade da pena e a probabilidade de sua aplicação. Para que um crime seja cometido, o resultado dessa análise precisa ser positivo. Este raciocínio pode ser adaptado ao contexto da administração pública, onde o agente público também realiza uma análise de custo-benefício ao tomar decisões,

especialmente no contexto de atos administrativos discricionários. (GULLO, 2023)

Esta teoria oferece uma perspectiva inovadora para lidar com o dilema entre autonomia e responsabilidade do agente público. Essa teoria parte do pressuposto de que os indivíduos, incluindo os agentes públicos, tomam decisões racionais baseadas em um cálculo de custos e benefícios associados às suas ações. No contexto da administração pública, essa abordagem pode ser aplicada para equilibrar a liberdade decisória do gestor com mecanismos eficazes de responsabilização.

Quando um agente público realiza uma decisão administrativa, ele inevitavelmente pondera os custos e benefícios envolvidos, adotando uma lógica racional própria da teoria econômica do crime. Se o benefício percebido dessa decisão — seja no sucesso de uma política pública, no aumento de sua popularidade, ou na obtenção de ganhos pessoais — superar os custos, incluindo o risco de sanção, o agente pode decidir se arriscar a tomar a ação, mesmo que essa atitude envolva riscos de ilegalidade ou improbidade. Esse processo de avaliação envolve não só os benefícios tangíveis, como uma vantagem política ou administrativa, mas também o risco de punição e as consequências legais associadas à decisão, que são internalizados conforme a percepção do agente. Nesse sentido, Felipe Ramirez Gullo explica:

Nesta análise o agente público, principalmente aquele que está diante da insegurança jurídica e anomia em certos casos, aplica a fórmula apresentada acima da seguinte forma: $B - (C.P + O) > 0$, sendo “B” o benefício que para ele é subjetivamente configurado, pelo que inclui, por exemplo, um político em bem gerir sua prefeitura e/ou secretária, pois a inércia de um governante sempre é mal quista pela população; sendo “C” a incerteza ou certeza pelos órgãos de controle de ser punido por possível falha (e aqui cabe uma melhor aplicação das investigações do controle); e “P” a probabilidade dessa pena “C” acontecer (sendo

“P” efetivamente um controle que está à procura de defender os bens jurídicos e não somente procurar culpados por más gestões); sendo “O” o custo de oportunidade que este mesmo agente poderia estar auferindo em outro ramo ou na iniciativa privada no qual os parâmetros de culpa e responsabilização já estão muito bem estabelecido. (GULLO, 2023)

A teoria econômica do crime, quando aplicada ao contexto da administração pública, sugere que os mecanismos de controle e responsabilização, como a severidade das sanções ou a probabilidade de sua aplicação, têm o potencial de influenciar o comportamento do agente público. Se a probabilidade de punição for alta ou a pena for severa, o custo de cometer um erro administrativo ou um ato de improbidade pode se tornar inibidor. Contudo, se as consequências legais forem vistas como pequenas ou improváveis, o agente pode ser mais propenso a agir de maneira arriscada, uma vez que o custo percebido do risco será menor do que os benefícios que ele espera alcançar. (GULLO, 2023)

De acordo com Becker (1968), “os indivíduos cometem atos ilegais quando o benefício esperado supera os custos esperados, incluindo as penalidades”. Aplicando essa lógica à gestão pública, a autonomia do agente pode ser preservada desde que sejam estabelecidos incentivos claros para a tomada de decisões éticas e eficientes, assim como penalidades proporcionais para condutas inadequadas. Nesse sentido, a estrutura normativa deve ser projetada para maximizar o interesse público, minimizando comportamentos oportunistas ou negligentes.

Um aspecto crucial dessa abordagem é a definição de penalidades proporcionais, que não apenas previnam abusos, mas também incentivem o gestor a agir sem receios excessivos. Como observa Motta (2019), “a aplicação de penalidades desproporcionais pode gerar o chamado ‘apagão das canetas’, em que os agentes evitam tomar decisões relevantes por medo de represálias”. Nesse contexto, a Teoria Econômica do Crime pode orientar a criação de um sistema

que equilibre a responsabilidade e a autonomia, minimizando tanto o excesso de punição quanto a impunidade.

Outro ponto relevante é a transparência e previsibilidade das regras. A incerteza sobre as consequências de determinados atos administrativos pode desestimular a inovação e a eficiência. A Teoria Econômica do Crime enfatiza a importância de informações claras para que os agentes possam realizar um cálculo racional de suas decisões. Nesse sentido, Carvalho (2020) destaca que “a previsibilidade normativa é essencial para alinhar os incentivos individuais à realização do interesse coletivo”.

Outrossim, a teoria econômica do crime pode ser enriquecida pela teoria dos jogos, especialmente pelo dilema do prisioneiro, formulado por Albert Tucker (1950). Nesse dilema, dois prisioneiros devem decidir entre cooperar ou trair um ao outro. Embora a cooperação seja a melhor escolha para ambos, a desconfiança leva à decisão racional de trair, resultando em um desfecho subótimo. Esse conceito pode ser aplicado ao comportamento de agentes públicos, que, ao tomarem decisões administrativas, podem optar por agir de maneira arriscada, acreditando que suas ações não serão detectadas ou punidas, mesmo que a cooperação com as normas seja mais benéfica para a sociedade.

Por outro lado, o controle excessivo pode tornar os agentes públicos excessivamente cautelosos, adotando uma postura burocrática, ineficiente e pouco inovadora.

No contexto da administração pública, especialmente diante do viés do “direito administrativo do medo”, o dilema do prisioneiro ilustra como a falta de confiança no sistema de controle pode levar os agentes a decisões excessivamente cautelosas. Se um agente acredita que a probabilidade de punição é alta, mesmo em situações onde uma abordagem mais flexível seria adequada, ele pode optar por soluções seguras, prejudicando a inovação e a eficácia do sistema. Isso reforça a necessidade de um controle equilibrado, que evite a inibição indevida de decisões legítimas e, ao mesmo tempo, desincentive comportamentos ilegais.

Um exemplo concreto da aplicação da Teoria Econômica do Crime no âmbito da Administração Pública é a revisão da Lei 14.230 de 2021, que, ao excluir a modalidade culposa da improbidade administrativa, visa aumentar a severidade das penalidades para agentes públicos envolvidos em atos de improbidade, tornando-os mais responsáveis por suas ações, mesmo quando não há dolo explícito. Essa mudança tem como objetivo restringir a margem de liberdade para que os agentes públicos adotem comportamentos imprudentes, levando em consideração as consequências de suas decisões. Ao eliminar a possibilidade de punição apenas por culpa leve, a nova legislação amplia as chances de responsabilização, o que, à luz da Teoria Econômica do Crime, pode atuar como um potente dissuasor, tornando mais evidente para os agentes que o risco de sanção é elevado e, assim, desestimulando a prática de atos administrativos ilegais. (GULLO, 2023).

Por fim, a aplicação dessa teoria no âmbito público exige também um controle adequado por parte dos órgãos de fiscalização. Esses órgãos devem adotar uma postura mais analítica e menos punitivista, avaliando o contexto das decisões tomadas e evitando penalizar erros cometidos de boa-fé. Isso está em consonância com os princípios do artigo 22 da LINDB, que também busca considerar os obstáculos reais enfrentados pelos gestores.

CONCLUSÃO

A improbidade administrativa, embora concebida como um instrumento essencial para assegurar a integridade na gestão pública, tem gerado reflexos complexos na implementação de políticas públicas. O receio de gestores em serem responsabilizados por atos administrativos, muitas vezes cercados de incertezas jurídicas, contribui para a paralisia decisória. Tal cenário compromete a eficiência do Estado e dificulta a concretização de políticas essenciais para o desenvolvimento social.

É evidente que o enfrentamento à corrupção e à má gestão deve permanecer como prioridade no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a aplicação da LIA demanda um equilíbrio que previna abusos e garanta segurança jurídica aos gestores públicos. A reforma promovida pela Lei nº 14.230/2021, ao exigir dolo e maior clareza na tipificação das condutas ímprobas, sinaliza avanços no sentido de promover um ambiente mais seguro para a tomada de decisões administrativas.

Ainda assim, os desafios permanecem. É imprescindível investir na capacitação de gestores públicos, no fortalecimento das instâncias de controle interno e na padronização de entendimentos jurisprudenciais, visando reduzir a subjetividade na aplicação da LIA. O Judiciário também precisa adotar uma postura cautelosa, distinguindo erros administrativos de má-fé, para evitar que a responsabilização excessiva desestimele ações públicas necessárias.

O Artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge como uma resposta relevante a esses desafios, propondo uma abordagem equilibrada e sensível nas decisões administrativas. Sua aplicação permite uma análise pragmática e humanizada dos atos de gestão, oferecendo maior segurança jurídica para aqueles que agem de boa-fé e com o intuito de atender ao interesse público, o que favorece uma administração pública mais eficiente e alinhada às necessidades sociais.

Ademais, a Teoria Econômica do Crime, conforme argumenta Gary Becker (1968), sugere que os agentes públicos realizam uma análise de custo-benefício antes de tomar decisões. Quando o medo de sanções supera os benefícios das políticas públicas inovadoras e necessárias, a tendência é à inação. Assim, o sistema jurídico deve equilibrar a punição de condutas ilícitas com incentivos à boa gestão, criando um ambiente que valorize a eficiência administrativa sem comprometer a integridade. Esta teoria oferece uma ferramenta valiosa para aprimorar a gestão pública, ao propor soluções racionais para o dilema entre autonomia e responsabilidade. Ao considerar os incentivos e desincentivos que influenciam a conduta dos agentes, é

possível construir um sistema que promova a eficiência e a integridade na administração pública.

Conclui-se que o combate à improbidade administrativa deve ser feito de forma proporcional e racional, garantindo que o sistema jurídico seja um aliado na efetivação de políticas públicas, e não um obstáculo. Esse equilíbrio é essencial para que a gestão pública seja capaz de enfrentar os desafios de uma sociedade cada vez mais exigente e complexa, com responsabilidade, coragem e eficiência.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe D. **Manual de Direito Administrativo** - 1ª Edição 2024. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.325. ISBN 9788553620760. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620760/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

AZEVEDO, Aluísio. **O Cortiço**. (Série prazer de ler; n. 12 e-book). 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.

BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of Political Economy, 1968.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Contratação de soluções inovadoras na administração pública: um estudo exploratório**. Brasília, 2018. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/CB/E6/9C/EB/7300371055EB6E27E18818A8/Relatorio_pesquisa_contratacao_solucoes_inovadoras_administracao_publica.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 15 dez. 2024.

CARVALHO, José dos Santos. **Direito Administrativo na Era da LINDB**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHO, Marçal J. **Curso de Direito Administrativo** - 15ª Edição 2024. 15th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.806. ISBN 9786559649822. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649822/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. Observatório do TCU. **Aplicação dos novos dispositivos da LINDB pelo TCU**. São Paulo: FGV Direito SP, 2022. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/2022-03/relatorio-de-pesquisa_observatorio-do-tcu_aplicacao-dos-novos-dispositivos-da-lindb-pelo-tcu.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

GULLO, Felipe R. **Improbidade Administrativa: análise econômica**. São Paulo: Almedina, 2023. E-book. p.159. ISBN 9786556279640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556279640/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JORDÃO, E. **Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], p. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77650>. Acesso em: 20 nov. 2024.

LIMA, Rodrigo Medeiros de. **O apagão das canetas: fato ou fake?** *Consultor Jurídico*, 8 dez. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-08/o-apagao-das-canetas-fato-ou-fake/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

MOTTA, Carlos Henrique. **O artigo 22 da LINDB e a responsabilidade administrativa: um novo olhar sobre o gestor público**. Revista Brasileira de Direito Público, 2019.

NASH, John. **Equilibrium points in N-person games**. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, v. 36, n. 1, p. 48-49, 1950.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A Segurança Hermenêutica nos Vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho/2018 (Texto para Discussão nº 250). Disponível em: www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td250. Acesso em: 23 nov. 2024.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p.1025. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/>. Acesso em: 20 nov. 2024. Pág. 1025.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS NO SERVIÇO PÚBLICO

*Letícia da Silva Santos*⁵⁴

*Maria Eduarda Albuquerque Santos*⁵⁵

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁵⁶

RESUMO

Este estudo tem como objetivo principal analisar a improbidade administrativa e seus impactos no serviço público, com foco na Lei nº 8.429/1992 e as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021. Dessa forma pretende-se verificar todos os princípios da improbidade administrativa de forma ampla e os princípios constitucionais que regem o mesmo, com destaque para legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, e a importância dos citados princípios para uma administração pública que ocorra de forma ética e transparente. O desenvolvimento do estudo é baseado no método dedutivo com a revisão bibliográfica, o estudo da legislação e jurisprudência, sendo os principais meios de abordagem ao objeto. Em particular, foram abordadas as definições e classificações dos atos de improbidade administrativa, baseadas nas esferas do enriquecimento ilícito, danos ao erário e das frustrações de princípios da administração pública. Além disso, o trabalho aborda as respectivas sanções para cada caso, incluindo a suspensão dos direitos políticos, pagamento de

54 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Unieuro.

55 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Unieuro.

56 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia..

multa, perda da função pública e a proibição de contrato com o poder público. Um dos temas de foco inclui as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021, que exigem dolo como pressuposto para a ação, bem como o Acordo de Não Persecução Civil. Essas mudanças procuram garantir maior segurança jurídica e efetividade na apuração e punição de condutas ímprobas, equilibrando a proteção ao interesse público com a necessidade de assegurar direitos fundamentais. A relevância deste estudo está na importância de aprimorar a gestão pública, promovendo o uso responsável e transparente dos recursos públicos. Ao abordar os desafios práticos na aplicação da lei, o trabalho sugere estratégias para prevenir e combater a improbidade administrativa, como o fortalecimento de controles internos, o uso de tecnologias avançadas e a promoção da participação produtiva da sociedade. Essas medidas são apresentadas como meios para construir uma administração pública mais eficiente, ética e alinhada aos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Administração Pública; Lei nº 8.429/1992; Princípios Constitucionais.

INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa é um tema de grande relevância no cenário jurídico e político brasileiro, tendo em vista o seu impacto na condução da administração pública e na relação de confiança entre o Estado e a sociedade. Atos de improbidade prejudicam a moralidade, a eficiência e a transparência na gestão dos recursos públicos, comprometendo o desenvolvimento social e arruinando a credibilidade das instituições governamentais. A Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, foi promulgada com a intenção de combater essas práticas, estabelecendo sanções rigorosas para coibir abusos de poder, desvios de recursos e outras condutas que afrontam os princípios constitucionais que regem a administração pública. Recentemente, a Lei nº 14.230/2021 trouxe alterações significativas

ao arcabouço legal, reformulando conceitos, ampliando garantias processuais e introduzindo mecanismos inovadores, como o Acordo de Não Persecução Civil (ANPC).

O interesse por este tema decorre da crescente preocupação da sociedade com a ética da administração pública e da necessidade de garantir que os recursos do Estado sejam utilizados de forma responsável, transparente e eficiente. Além disso, as discussões atuais sobre a aplicação da legislação, especialmente após as mudanças recentes, revelam a necessidade de uma análise aprofundada para compreender os avanços e limitações da nova regulamentação. Um exemplo disso é a exigência de dolo, como requisito para caracterização de condutas antiéticas, que tem gerado divergências. Embora busque garantir maior segurança jurídica, essa exigência também levanta preocupações quanto à possibilidade de lacunas na responsabilização de comportamentos prejudiciais aos interesses públicos.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar os efeitos da improbidade administrativa no serviço público, considerando o impacto das mudanças introduzidas pela Lei nº 14.230/2021. Busca-se compreender como essas alterações influenciam a aplicação da lei, a eficiência na punição de atos ímprobos e a promoção de uma gestão pública mais ética e responsável. Como objetivos específicos, propõe-se investigar os princípios constitucionais que norteiam o combate à improbidade administrativa; classificar os atos previstos na legislação, como enriquecimento ilícito, danos ao erário e violação de princípios; e examinar as sanções aplicáveis, como a suspensão de direitos políticos, perda da função pública, aplicação de multas e proibição de contratar com o poder público.

A pesquisa baseia-se no método dedutivo, tendo como principais ferramentas a revisão de literatura e a análise legislativa e jurídica. Uma revisão dos princípios jurídicos e decisões judiciais relevantes visa apresentar uma perspectiva crítica e informada sobre o assunto. Assim, o trabalho não se limita a promover o aprofundamento acadêmico sobre a problemática da improbidade administrativa, mas também a contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas e

estratégias de combate mais eficazes, reforçando o compromisso da administração pública com a legitimidade, a ética e a eficiência.

1. DEFINIÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA IMPORTÂNCIA NO CONTEXTO JURÍDICO

Improbidade administrativa é um termo jurídico utilizado para designar atos que são ilegais ou incompatíveis com os princípios fundamentais que orientam a administração pública. Esses atos podem ser praticados por agentes públicos no exercício de suas funções públicas ou por qualquer outra pessoa que, embora não seja agente público, se beneficie de tal conduta. A palavra “improbidade” tem origem no latim, *improbitas*, que significa, em seu sentido literal, desonestidade ou má qualidade (de algo). No contexto jurídico, esse termo está frequentemente relacionado a comportamentos desonestos, incorretos, de má conduta ou de caráter duvidoso (FERNANDES, 1997).

O estudo da improbidade administrativa é essencial para fortalecer os pilares do Estado Democrático de Direito, garantindo que os gestores públicos atuem com ética, transparência e respeito aos princípios que regem a Administração Pública. A improbidade administrativa configura-se como um dos principais desafios enfrentados pela sociedade contemporânea, pois compromete a confiança dos cidadãos nas instituições públicas e afeta diretamente a alocação de recursos destinados ao bem-estar coletivo.

Embora os conceitos de improbidade e corrupção compartilham algumas semelhanças, a improbidade administrativa requer a presença de elementos específicos para a sua configuração. Nesse sentido, a improbidade não se fundamenta apenas em uma moralidade genérica, mas está alicerçada em uma moral jurídica, ou seja, está enraizada nos princípios gerais do direito (ROCHA, 2020, p.920).

A improbidade administrativa desempenha um papel crucial para administração pública, pois contribui para a proteção da moralidade e da ética dentro da administração pública. Sendo utilizada como uma

das principais ferramentas jurídicas para combater atos ilícitos, como o desvio de recursos, abuso de poder ou até mesmo corrupção, com o objetivo de garantir que os recursos dos públicos sejam aplicados de forma justa, transparente e em benefício da sociedade (NEVES, 2022).

Além disso, a improbidade administrativa visa assegurar que os agentes públicos sejam responsabilizados por suas ações. Ao estabelecer sanções rigorosas para aqueles que cometem tais atos, a legislação também exerce uma função preventiva, criando um ambiente em que práticas como a corrupção e o favorecimento pessoal sejam desencorajadas (PRESSUTO, 2023).

Segundo Hely Lopes Meirelles (2020), “a moralidade administrativa é princípio básico da administração pública, cuja observância é imprescindível para que o administrador cumpra sua função com integridade e respeito à coisa pública.” Essa afirmação destaca a necessidade de compreender os mecanismos de controle e responsabilização, previstos na Lei nº 8.429/1992, a fim de coibir atos que causem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios administrativos.

Ademais, o aprofundamento no tema é essencial para a formação de cidadãos mais conscientes de seus direitos e deveres, bem como de profissionais capacitados a identificar e prevenir condutas lesivas ao interesse público. Ao estudar a improbidade administrativa, compreende-se a importância de implementar políticas públicas que fomentem a transparência e o controle social, promovendo uma gestão mais eficiente e ética.

A improbidade administrativa não apenas protege o patrimônio público, mas também fortalece a eficiência e a credibilidade da administração pública, contribuindo para a construção de uma governança pública mais confiável e eficiente. Isso, por sua vez, aumenta a confiança da sociedade nas instituições governamentais, o que é essencial para a consolidação da democracia e do Estado de Direito.

Portanto, o estudo desse tema contribui significativamente para o combate à corrupção e para a consolidação de uma cultura

de integridade e responsabilidade na gestão pública. Essa análise torna-se ainda mais relevante diante da crescente necessidade de uma administração pública moderna e comprometida com os valores democráticos.

1.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA)

A lei nº 8.429/92, conhecida como lei de Improbidade Administrativa (LIA), foi promulgada em 1992, durante o governo do presidente Fernando Collor, em um contexto político e social complexo. Sua criação representou um marco significativo para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no direito administrativo ao proporcionar avanços relevantes no combate à corrupção e na promoção da moralidade e transparência pública (NOGUEIRA, 2023).

A Lei de Improbidade Administrativa é um marco no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido criada com o objetivo de reforçar o combate à corrupção e proteger o patrimônio público. Essa legislação surgiu em um contexto de profundas transformações políticas e sociais no Brasil, marcadas pela redemocratização e pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Esse avanço legislativo sucedeu graças à Constituição Federal de 1988, que ao consagrar direitos fundamentais para o espaço público, assegurou a aplicação dos princípios basilares para a gestão pública. Esses princípios estão estabelecidos no artigo 37 da Constituição, que define a forma como os agentes públicos devem atuar para assegurar lisura e a transparência dos serviços prestados à sociedade (PRESSUTO, 2023).

A promulgação da lei foi diretamente influenciada pela Constituição Federal de 1988, que consagrou princípios como moralidade, legalidade e eficiência na administração pública. Conforme preconiza Di Pietro (2024), “a Constituição de 1988 trouxe uma nova perspectiva de moralidade administrativa, exigindo do

legislador ordinário a criação de mecanismos para concretizá-la”. Nesse sentido, a Lei nº 8.429/1992 veio a preencher uma lacuna normativa, estabelecendo sanções rigorosas para agentes públicos e privados envolvidos em práticas que causem enriquecimento ilícito, danos ao erário ou violação de princípios administrativos.

Nesse cenário, a Lei de Improbidade Administrativa foi concebida como um instrumento essencial para responsabilizar agentes públicos que praticassem atos contrários ao interesse coletivo. De acordo com Alexandre de Moraes (2021), “a Lei nº 8.429/1992 consolidou um sistema normativo voltado à preservação da probidade administrativa, protegendo valores fundamentais da sociedade democrática.”

Antes da Lei de Improbidade, o combate à corrupção e aos desvios administrativos era menos estruturado, e os instrumentos de responsabilização eram insuficientes para lidar com as complexidades da gestão pública. Com a nova legislação, passaram a existir categorias específicas para a caracterização de atos de improbidade, tais como enriquecimento ilícito, danos ao erário e violação de princípios administrativos.

Além disso, a lei trouxe sanções severas, como perda de bens, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o poder público, buscando desestimular práticas ilícitas e promover maior responsabilidade na gestão pública.

Nota-se que ao longo do tempo a lei nº 8.429/92 passou por algumas modificações. A mais recente decorreu da complementação da lei nº 14.230/2021, em que trouxe aprimoramentos significativos, especialmente no que se refere às definições e sanções relacionadas aos atos de improbidade administrativa. Essas modificações serviram para transformar a legislação mais clara e eficaz, além de garantir a equidade no combate à corrupção e a proteção dos direitos dos agentes públicos (PRESSUTO, 2023).

O histórico da Lei de Improbidade Administrativa reflete o amadurecimento institucional do Brasil na luta contra a corrupção e a promoção da integridade pública. Sua constante atualização

demonstra o compromisso do legislador em aprimorar os instrumentos de controle e garantir maior eficiência na gestão pública.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa, como conduta que viola os deveres éticos e legais da gestão pública, está intimamente relacionada aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública no Brasil. Esses princípios, consagrados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Eles fornecem o alicerce normativo para a responsabilização de agentes públicos que atentam contra a integridade administrativa.

1.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade trata-se de uma garantia constitucional fundamental para Estado Democrático de Direito, desempenhando um papel crucial na definição dos limites do poder estatal. Em outras palavras, o Estado só pode agir dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei, e qualquer ato praticado pelo poder público deve ser considerado vinculativo, ou seja, deve estar estritamente conforme a legislação vigente (ARAÚJO, 2019).

O princípio da legalidade exige que a Administração Pública atue sempre conforme as normas legais, sendo vedada qualquer conduta que ultrapasse os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Segundo Di Pietro (2021), “a legalidade é o princípio fundamental que condiciona toda a atividade administrativa, garantindo que o poder público não atue de maneira arbitrária ou abusiva”. Quando ocorre improbidade administrativa, há clara violação desse princípio, seja pela prática de atos ilegais, seja pelo desvio de finalidade.

Esse princípio se estende tanto à sociedade quanto à administração pública, que, ao exercer suas funções, deve sempre agir dentro dos limites da lei e dos princípios constitucionais. Assim, os agentes públicos têm a obrigação de respeitar as normas legais e os preceitos constitucionais, assegurando a legalidade e a estabilidade jurídica nas ações do Estado (HELTON, 2022).

Para Meireles (2016, p.93) “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”

Entretanto, é preciso ressaltar que o princípio da legalidade não é absoluto. Em circunstâncias excepcionais, o Estado pode tomar medidas mesmo na ausência de regulamentos específicos. Nestes casos, tal atuação deve ser respaldada por outros dispositivos legais ou pela própria Constituição, que prevê certas premissas para que o poder público possa atuar em circunstâncias excepcionais (HELTON, 2022).

Em suma, o princípio da legalidade é um dos pilares do Estado democrático de direito, garantindo que o poder do Estado seja exercido no âmbito da lei. O seu cumprimento é essencial para garantir a segurança jurídica e proteger os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos (HELTON, 2022).

1.2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da Impessoalidade possui como principal objetivo preservar a igualdade de tratamento entre todos os indivíduos da sociedade. Ou seja, ele determinado para que a administração pública deve agir com imparcialidade, assegurando a neutralidade em seus atos para garantir a equidade entre todos os cidadãos. De modo, que esses atos não podem ser exercidos para um favorecimento pessoal e sim no interesse coletivo público (CANDIDO, 2022).

Assim, se busca impedir o uso da máquina pública para beneficiar interesses pessoais ou partidários, promovendo a igualdade

de tratamento aos administrados. A improbidade administrativa frequentemente está associada a condutas que priorizam interesses particulares em detrimento do interesse público.

Nesse sentido, Pietro aduz que:

O princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim. (PIETRO, 2018, p.103)

O princípio da impessoalidade é, portanto, crucial para garantir que a administração pública atue de forma justa, imparcial e sem parcialidade ou discriminação. Garante que todos os cidadãos sejam tratados de forma igual, que o interesse público seja respeitado e que o comportamento seja justo. Desta forma, a despersonalização não só mantém a confiança da sociedade nas instituições públicas, mas também fortalece os pilares da democracia e do Estado de direito, garantindo que as decisões e ações administrativas sejam orientadas por interesses coletivos e não por interesses pessoais ou partidários (CANDIDO, 2022).

1.2.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade, consagrado no artigo supracitado, estabelece que a administração pública representada por seus agentes públicos deve cumprir a lei de maneira estrita, e atuar com base em critérios éticos que orientem sua conduta. Assim, a

moralidade administrativa não é apenas uma recomendação, mas uma exigência que deve nortear todos os atos e decisões do poder público (PATRIOTA, 2016).

Este princípio reforça a obrigação de que os atos administrativos não apenas obedeçam à lei, mas também atendam a padrões éticos e de probidade. Hely Lopes Meirelles (2020) destaca que “o princípio da moralidade exige uma conduta ética na administração pública, com observância de valores como honestidade, boa-fé e lealdade às instituições públicas”. Assim, a improbidade administrativa viola frontalmente esse princípio ao comprometer a ética na gestão pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em suas análises, destaca que o princípio da moralidade se manifesta sempre que, em um contexto administrativo, o comportamento de quem administra ou de quem com ela se relaciona, embora conforme à lei, ofende a moralidade, os bons costumes ou os princípios de boa administração. A autora ressalta que, quando atos administrativos, mesmo legais, atentam contra os valores de justiça, equidade ou honestidade, há uma violação ao princípio da moralidade, o que pode levar à sua nulidade (PIETRO, 2024).

A moralidade, adquire um caráter jurídico, permitindo que, caso a administração pública adote uma postura antiética, o Poder Judiciário possa intervir para anular esses atos que contrária a moral da administração. Assim, não é suficiente que uma ação seja legal e considerada válida, ela também deve ser moralmente aceitável. Isso significa que a ética administrativa não se limita ao cumprimento da letra da lei, mas envolve também uma análise dos princípios morais que norteiam a conduta do agente público (CANDIDO, 2024).

Nesse sentido, Alexandre Mazza afirma que:

A moralidade administrativa difere da moral comum. O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade

incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração. (MAZZA, 20218, p.123)

Portanto, o princípio da moralidade não se resume às intenções dos agentes públicos, mas também ao conteúdo e aos efeitos dos atos praticados. Ou seja, mesmo que um agente não atue por má-fé ou com a intenção de causar dano, a ação pode ser considerada antiética. A imoralidade é uma questão de analisar as consequências do comportamento, e não as motivações subjetivas do agente. Dessa forma, a ética administrativa configura-se como parâmetro básico para a legitimação dos atos administrativos, garantindo que a administração pública, além de legal, seja também ética e justa em suas decisões e condutas.

1.2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade assegura a transparência dos atos administrativos, garantindo que os cidadãos possam fiscalizar as ações dos agentes públicos. A prática de atos de improbidade, frequentemente envoltos em sigilo e manipulação de informações, atenta contra a exigência constitucional de transparência.

Esse princípio é um dos pilares da administração pública, garantindo que os atos praticados pelo poder público sejam amplamente divulgados, a fim de preservar a transparência. No contexto da improbidade administrativa, esse princípio se torna ainda mais pertinente, pois permite que a população averigue as investigações e as sanções impostas aos agentes públicos que cometeram atos ilícitos (ARAÚJO, 2019).

Esse princípio é assegurado pela Constituição Federal, o qual o reforço da publicidade das ações públicas é essencial para a segurança da sociedade nas instituições públicas. A transparência nos casos de improbidade também assegura que os direitos de defesa

sejam respeitados, uma vez que os acusados têm acesso público às informações sobre o processo (OLIVEIRA, 2021).

Dessa forma, a publicidade não só facilita o controle social, mas também contribui para o fortalecimento das normas que regem a administração pública, tornando mais difícil a ocultação de práticas ilícitas. Ao garantir que todos os cidadãos possam ter conhecimento das punições e das consequências de atos de improbidade, o princípio da publicidade cumpre um papel fundamental na construção de uma administração pública mais ética e responsável, promovendo a justiça e o respeito aos direitos da sociedade.

1.2.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Por fim, o princípio da eficiência impõe que os atos administrativos sejam realizados com a melhor utilização dos recursos públicos, evitando desperdícios e promovendo resultados positivos para a sociedade. Atos de improbidade, ao causar prejuízo ao erário, desrespeitam diretamente esse princípio.

Esse princípio estabelece que a atuação do Estado deve ser orientada pela busca do melhor atendimento ao interesse coletivo, de forma eficiente e eficaz. O Estado deve direcionar suas ações para otimizar os serviços prestados pela administração pública, assegurando não apenas a celeridade, mas também a qualidade desses feitos (OLIVEIRA, 2017).

Sobre esse princípio, destaca Hely Lopes Meirelles:

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos, para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2020)

Assim, o agente público, ao buscar a eficiência em suas atividades, deve observar rigorosamente os procedimentos estabelecidos pela legislação e os princípios que a orientam. O gestor público, portanto, deve agir em conformidade com a lei, respeitando seus preceitos e diretrizes, mas também deve garantir a aplicação do princípio da eficiência, sem que um se sobreponha ao outro. Dessa forma, a Administração Pública deve sempre agir com equidade e razoabilidade, assegurando que todos os seus atos sejam pautados pela legalidade e pela busca de resultados eficazes para a sociedade (BOBSIN, 2021).

Portanto, a compreensão e aplicação desses princípios são fundamentais para a prevenção e combate à improbidade administrativa, reforçando o compromisso do Estado com uma gestão pública ética, responsável e transparente.

1.3 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei de improbidade Administrativa (LIA) estabelece um conjunto de situações que caracterizam os atos de improbidade. Contudo, com a promulgação da Lei 14.230/21, algumas dessas disposições sofreram modificações significativas.

De forma geral, os atos de improbidade administrativa passaram a ser organizados em três categorias distintas, com cada uma delas sendo tratada em uma seção específica do Capítulo II da lei. São elas:

1.3.1 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

O ato de improbidade denominada como Enriquecimento Ilícito está previsto no artigo 9º da lei nº8.429/92, que foi alterada pela nova redação trazida pela Lei 14.230/21. O ato de improbidade administrativa relacionado ao enriquecimento ilícito ocorre quando um agente público obtém, direta ou indiretamente, vantagem

patrimonial indevida em razão do exercício de suas funções. Esse tipo de ato caracteriza-se pelo fato de o agente enriquecer às custas dos recursos públicos, sem uma justificativa legal para tal benefício. A legislação atual exige a comprovação de dolo, ou seja, é necessário que se prove a intenção do agente em causar o enriquecimento, e que ele tenha se beneficiado de forma ilícita em decorrência de sua função pública (DRONOV, 2024).

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Esse tipo de comportamento antiético tem como objetivo combater a apropriação indevida de recursos públicos, como a aceitação de valores ou itens por agentes públicos sem a devida contraprestação, ou mesmo aproveitando-se de sua posição para obter direta ou indiretamente ganho pessoal por meio de suborno, corrupção ou outros meios. Mesmo que um agente não atue com a intenção de prejudicar o erário, o simples fato da apropriação indevida de recursos públicos constitui comportamento antiético, determinando assim, a improbidade (HARGER, 2020).

Dessa forma, a caracterização do Enriquecimento Ilícito não depende da manifestação de má-fé, mas do fato objetivo de o agente ter se beneficiado de recursos ou valores públicos sem amparo legal, o que significa violação dos princípios da administração pública e gestão pública, lesando assim, a confiança da sociedade nas instituições.

1.3.2 DANOS AO ERÁRIO

Esse ato de improbidade administrativa refere-se às ações praticados por agentes públicos que sucedem em prejuízos financeiros ou econômicos para os cofres da administração pública. O conceito de “erário” diz respeito ao patrimônio do Estado, aos recursos que pertencem ao corpo social e que devem ser usufruídos de maneira segura, eficiente e transparente

O qual, dispõe o artigo:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

A nova redação da LIA trouxe uma alteração importante ao excluir a possibilidade de responsabilização por atos de improbidade administrativa em casos de culpa. Com a alteração, a lei passou a estabelecer que qualquer ato doloso que cause danos ao patrimônio público pode ser considerado improbidade administrativa. Isso significa que, mesmo que o agente público venha agir ou não de modo negligente ou imprudente, com a intenção de causar lesão para a administração, resultando na danificação dos recursos públicos, ele poderá ser responsabilizado (PRESSUTO, 2023).

Assim, a lei de Improbidade Administrativa, ao responsabilizar o agente público por danos ao erário, busca acima de tudo preservar a confiança da sociedade nas instituições públicas para promover o bem-estar coletivo e auxiliar o desenvolvimento social.

1.3.3 VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A violação dos princípios da administração pública ocorre quando o agente público, em razão de suas ações ou omissões, infringe as normas que regem a conduta administrativa, prejudicando o bom funcionamento do serviço público e a confiança da sociedade nas instituições governamentais. Esses princípios, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, são fundamentais para garantir a integridade e a transparência da administração pública. Quando um agente age de forma contrária a esses valores, ele compromete a legitimidade da administração pública e, conseqüentemente, o interesse público (BRASIL, 2021).

O qual, é estabelecido no artigo 11 da LIA, que dispõe:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Ou seja, quando o agente público viola alguns dos princípios previsto no artigo 37º da CF/88, essa violação pode ser considerada improbidade administrativa, uma vez que compromete diretamente a moralidade e a confiança da sociedade nas instituições públicas. Mesmo que o agente público não tenha a intenção de prejudicar diretamente a administração, a adoção de práticas que contrariam esses princípios essenciais pode resultar em sanções, uma vez que prejudicam a correta execução das políticas públicas e o bem-estar da sociedade. (CAPEZ, 2024).

2. ASPECTOS PROCESSUAIS

2.1 PROCESSO DE APURAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 14.230/2021 trouxe modificações significativas no procedimento para apuração de atos de improbidade administrativa, especialmente ao introduzir o Acordo de Não Persecução Cível (ANPC) e ao alterar aspectos do processo judicial. Essas mudanças, embora visem conferir maior equilíbrio e segurança jurídica ao tratamento dos casos de improbidade, acabam impondo novos desafios ao Poder Judiciário, dificultando a obtenção de uma resposta satisfatória para a sociedade. O aprimoramento das normas para a apuração de responsabilidade se traduz em um processo mais rigoroso e criterioso, mas também em um aumento de obstáculos para que a justiça seja efetivamente realizada de maneira célere e eficiente (KANIESKI, 2021).

Antes, na lei nº 8.429/1992, as ações de improbidade eram mais rígidas, e o simples fato de o agente público cometer um ato que causasse lesão ao erário ou violasse princípios administrativos já era suficiente para a imposição de sanções. Com a nova redação da Lei nº

14.230/2021, tornou-se necessário demonstrar o dolo para que a responsabilização por improbidade seja aplicada (BRASIL, 1992;2021).

Assim, o procedimento de apuração da Improbidade Administrativa é constituído por duas etapas: a primeira consiste na investigação, e a segundo refere-se ao processo judicial. A investigação pode ser instaurada por alguns órgãos, como o Ministério Público, Tribunais de Contas, entre outros, conforme o artigo 14 da lei nº8.429/1992. Além disso, qualquer pessoa, seja parte da administração pública ou não, pode denunciar atos de improbidade administrativa às autoridades competentes. No entanto, para que a denúncia seja considerada válida, é necessário que o denunciante apresente provas ou indícios suficientes que justifiquem a abertura da investigação (DRONOV, 2024).

Se, ao fim da investigação, o órgão responsável considerar que existem indícios suficientes de improbidade administrativa, ele pode ajuizar uma Ação Civil Pública (ACP) para apuração da responsabilidade do agente público e busca da aplicação das sanções previstas na legislação (KANIESKI, 2021).

A Ação Civil Pública continua sendo o instrumento central para responsabilizar os agentes públicos por atos de improbidade administrativa, sendo proposta, pelo Ministério Público, conforme estabelece o artigo 17 da lei nº 14.230/2021. Após o ajuizamento da ação, cabe ao juiz analisar a petição inicial e decidir se a denúncia contém elementos suficientes para que o processo prossiga (BRASIL, 2021).

Por fim, mesmo com as alterações, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) continuam sendo instrumentos fundamentais para o combate à corrupção e à má gestão pública. O objetivo principal da Lei é garantir que os responsáveis por atos ilícitos ou que causem danos ao erário sejam devidamente responsabilizados, mas de maneira proporcional e fundamentada, para que a justiça seja feita sem excessos. Com as novas regras, busca-se criar um ambiente mais seguro e justo para a gestão pública e seus agentes, ao mesmo tempo em que se garante que os recursos públicos sejam usados da forma mais eficiente e transparente possível, em benefício de toda a coletividade (VENAGLIA, 2021).

2.2 SANSÕES E EFEITOS JURÍDICOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa é um tema de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange à proteção da moralidade administrativa e ao combate à corrupção. Regida, primordialmente, pela Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), sua finalidade é punir agentes públicos e terceiros

que se beneficiem de práticas ilícitas no âmbito da administração pública.

A improbidade administrativa está relacionada aos atos ilegais cometidos por agentes públicos que violam os princípios da legalidade, moralidade e eficiência, os quais regem a

administração pública. Além de causar significativas consequências como a perda de recursos públicos e desmotivação entre os servidores comprometidos, essas ações podem levar a sanções como o pagamento de multas, a perda dos direitos políticos e a perda do cargo, impactando diretamente na eficácia dos serviços públicos.

Conforme disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, os atos de improbidade administrativa sujeitam os responsáveis a sanções civis, administrativas e penais. A Lei n.º 8.429/1992 define, em seu art. 9º, 10 e 11, os atos de improbidade administrativa que importam, respectivamente, em enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação aos princípios da administração pública (BRASIL, 1992).

Para a caracterização do ato de improbidade, é necessário que haja dolo nos atos que importam enriquecimento ilícito ou violação aos princípios administrativos. Já nos casos de dano ao erário, é admitida a responsabilização por culpa, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

2.2.1 SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N° 8.429/1992:

A Lei n° 8.429/1992 estabelece medidas para o ressarcimento de danos causados à administração pública, abrangendo a perda de bens e valores, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. Além disso, a lei prevê a aplicação de multa civil e a proibição de contratar com o poder público. O objetivo dessas sanções é a proteção do patrimônio público e a preservação da integridade das instituições (SHIMURA, 2009).

Além disso o artigo 37, § 4 ° da Constituição Federal aborda a previsão de que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

As sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa estão elencadas no art. 12 da LIA, que prevê punições proporcionais à gravidade do ato praticado, tais como:

Perda da função pública;

Suspensão dos direitos políticos, por períodos que variam de três a catorze anos, dependendo da natureza do ato;

Pagamento de multa civil, que pode atingir até três vezes o valor do enriquecimento ilícito;

Proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais ou creditícios por prazo determinado;

Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;

Ressarcimento integral do dano.

Essas sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, a depender da gravidade do ato e de outros fatores analisados pelo Judiciário, conforme previsão no art. 12 da LIA (BRASIL, 1992).

2.2.2 PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, é importante compreender o significado de função pública. Que se refere na atividade pública propriamente dita, pois é exercida no âmbito da administração pública. A partir dessa definição, é que se pode analisar a possibilidade da perda da função pública, que é uma das sanções previstas no caso da prática do ato de improbidade administrativa, praticada pelo de descumprimentos dos deveres legais do servidor.

De acordo com Shimura (2009), significa a dissolução do vínculo entre o agente público e a administração, onde se caracteriza pelo

comportamento seja ele devido incompetência ou desonestidade que foram praticados pelo servidor.

A doutrina entende que essa punição visa afastar o servidor das atividades que lhe foram atribuídas quando este não exerce conforme os princípios e normas que regem a administração pública, com o intuito de resguardar os preceitos legais e administrativos (STJ, 2024).

Ainda, foi decidido pelo Tribunal Superior de Justiça (STJ), que a perda da função pública não se limita apenas ao cargo que o agente exercia na época do fato ilícito, mais se entende a qualquer outra função pública exercida no momento em que ocorra a condenação (STJ, 2020).

Essa decisão tem como objetivo, aplicar a punição aos agentes que cometeram ato ilícito não se limitando somente na função que praticava na época do fato, mais sim independente de mudança de função, o poder administrativo ter a possibilidade de punição, independente de mudança de cargo ou função pública.

Por outro lado, resta fazer observação na lei de improbidade no que se relaciona a concessão da aposentadoria como uma forma de resultado do processo disciplinar.

Conforme (BEZZERA, et al, 2024):

A perda do cargo ou função pública é uma sanção aplicada judicialmente, enquanto a cassação de aposentadoria é imposta administrativamente. Cada uma dessas sanções segue procedimentos e garantias legais específicas, o que requer uma análise detalhada e individualizada de cada caso. O respeito ao devido processo legal em ambas as esferas é crucial para assegurar que as penalidades aplicadas sejam justas e proporcionais, evitando a dupla punição ou a aplicação inadequada das sanções.

Portanto, é relevante compreender as diferenças entre a perda de cargo público e a cassação de aposentadoria, a fim de garantir o devido

processo legal em ambos os casos. Essa distinção evidencia não apenas a diversidade nos procedimentos, mas também o cuidado necessário para assegurar a proporcionalidade e evitar arbitrariedades.

Percebe-se, assim, que o respeito às garantias legais é essencial para manter o equilíbrio entre a proteção do interesse público e os direitos individuais, reforçando a legitimidade das sanções e a confiança no sistema jurídico.

2.2.3 SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Primeiramente, a suspensão dos direitos políticos, como sanção civil, é efetivada com a sentença transitada e julgada em ação civil pública, sem necessidade de intervenção da jurisdição eleitoral, conforme os artigos 15, V e 37, §4º da Constituição Federal e o artigo 12 da Lei 8.429/92. Estes instrumentos legais asseguram que, na jurisdição civil, atos de improbidade administrativa sejam reconhecidos e punidos. O sucesso no combate à improbidade está intimamente ligado à eficácia das sanções aplicadas uma vez que quando os agentes públicos percebem que é improvável sofrerem consequências legais por suas ações ilícitas, a prática de atos de improbidade tende a aumentar (PONTES, 2006).

Os direitos políticos estão vistos como uma prerrogativa fundamentais de cidadania, embora o conceito de cidadania possa abranger diversas formas de compreensão, se inclui também os direitos sociais. Assim sendo, como uma forma de participação de forma direta, indireta na gestão pública (GABORDO e ROCHA, 2014).

O artigo 14 da Constituição Federal, possibilita ao cidadão os direitos políticos, sendo eles tanto de votar como de ser votado. Por tanto qualquer meio de restrição que se trate dos direitos fundamentais, devem estar expressos pela Constituição Federal, indicando de forma clara a espécie de restrição, seja ela temporária ou não, completa ou parcial (PONTES, 2006).

Também assegura os direitos como o de fundar e de participar em partido político. Logo adiante o artigo 15 da CF/88, reza sobre a perda ou suspensão dos direitos políticos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

- I. cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II. incapacidade civil absoluta;
- III. condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
- IV. recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
- V. improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º

Desse modo, a suspensão dos direitos políticos em decorrência de ato de improbidade está prevista na Constituição Federal e que tem como objetivo restaurar a moralidade administrativa que foi lesada pelo agente. Essa forma de sanção busca retirar a capacidade do cidadão, onde traz a possibilidade de afetar não somente a elegibilidade, mas também afasta o direito de ocupar determinadas funções da administração pública (PONTES, 2006).

Por fim, essa medida que busca a restrição dos direitos políticos, que visa inibir ou restringir os atos de improbidade administrativa está ilustrado no artigo 12 da lei 8.429/92, nos incisos I a III da referida lei.

2.2.4 MULTA

A pena de multa é mais um meio punitivo do agente público ou terceiro que pratica alguma tipo de ato danoso para a administração pública. A multa é uma das punições previstas pela lei 8.429/92 que visa um caráter punitivo e reparador.

A multa prevista pela lei de improbidade administrativa (LIA) tem como objetivo a aplicação de uma medida severa ao infrator, com um claro caráter punitivo. Com pena que tem valor pecuniário, que possibilita trazer reflexos retributivos para administração pública, que foi lesada pelo agente, mais também tem a função de desestimular o infrator para a prática de novas condutas lesivas a administração (OLIVEIRA, 2024).

A intensidade da punição vai depender da gravidade do ato cometido pelo agente, o valor da multa aplicada pode ter um valor elevado, o que configura, em algumas situações prejuízo aos direitos fundamentais, como é o direito de proporcionalidade, a liberdade de consumo e outras espécies de liberdade individual do cidadão. Por este motivo, é importante que a aplicação da multa seja equilibrada, para que não tornem desproporcionais e não afetem os direitos primordiais das pessoas (MICHELOTTO, 2022).

2.2.5 PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU RECEBER BENEFÍCIOS FISCAIS

A proibição de contratar com o poder público e os benefícios fiscais e mais uma das medidas sancionadoras previstas pela LIA, o objetivo dessa sanção tem como objetivo coibir a prática de corrupção, fraude e favorecimento, o que garante ao estado prevenção dos recursos e dos interesses da sociedade.

A proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios do governo é uma punição para atos de improbidade, onde deve haver conexão e proporcionalidade entre a infração e a sanção. Diferente da norma constitucional, que impede temporariamente benefícios por débitos tributários, a Lei de Improbidade impõe sanções duradouras, definidas judicialmente, sem suspensão pelo penalizado. Essas sanções devem seguir as normas do direito sancionador, respeitando a proporcionalidade e individualidade (SUNSFLLD e SOUZA, 2016). As sanções para atos de improbidade administrativa estão

estabelecidas nos artigos 9º a 11º da Lei nº 8.429/92. A proibição de contratar com a administração pública está vinculada à gravidade do dano causado. No caso de enriquecimento ilícito, a sanção pode durar até 14 anos, enquanto para danos ao erário, a pena pode chegar a 12 anos. Já nos casos de violação aos princípios da administração pública, a pena não pode ultrapassar 4 anos. Essas medidas buscam assegurar que a punição seja proporcional ao tipo de infração cometida (ROSSI, 2024).

2.2.6 PERDA DOS BENS OU VALORES ACRESCIDOS ILICITAMENTE AO PATRIMÔNIO

A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio está prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e aplica-se em casos de enriquecimento ilícito, lesão ao erário e atos que atentem contra os princípios da administração pública. Essa sanção tem dupla finalidade: por um lado, busca punir o agente ímprobo e, por outro, restituir ao patrimônio público os recursos desviados ou indevidamente apropriados (BRASIL, 1992).

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a aplicação dessa sanção depende de comprovação donexo causal entre o ato de improbidade e o enriquecimento ilícito. Ou seja, é necessário que os bens ou valores identificados tenham relação direta com a conduta ímproba praticada pelo agente.

Para assegurar a eficácia da medida, a legislação permite que o juiz competente determine, em caráter cautelar, o bloqueio de bens do investigado. Essa medida visa prevenir a dilapidação do patrimônio e garantir o ressarcimento integral ao erário, caso a condenação seja confirmada. O art. 16 da LIA dispõe que o bloqueio deve ser proporcional ao valor do dano supostamente causado, evitando excessos ou abusos na restrição patrimonial.

A perda de bens ou valores não se limita a uma sanção punitiva; ela também possui efeitos pedagógicos e preventivos. Ao impor a

restituição dos bens ilicitamente adquiridos, a medida desestimula práticas de improbidade administrativa e reforça a integridade na gestão pública. Ademais, a restituição ao erário contribui para a recomposição dos recursos públicos, minimizando os prejuízos causados por atos ilícitos.

Contudo, sua aplicação enfrenta desafios práticos, como a ocultação de bens pelos agentes envolvidos ou a complexidade das investigações financeiras. Nesse contexto, a cooperação entre órgãos de controle, como o Ministério Público, a Receita Federal e as instituições financeiras, é essencial para a efetividade da medida.

Com a edição da Lei n.º 14.230/2021, que reformou a Lei de Improbidade Administrativa, a exigência de dolo para a configuração de atos ímprobos gerou debates sobre os critérios para aplicação da perda de bens. Por um lado, a mudança visa evitar condenações injustas; por outro, preocupa-se com a possibilidade de dificultar a punição de agentes que, embora não atuem com intenção dolosa, causem enriquecimento ilícito.

A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é uma das sanções mais relevantes no enfrentamento da improbidade administrativa. Sua correta aplicação depende da comprovação da ilicitude na conduta do agente e de uma análise criteriosa dos elementos probatórios. Para que o objetivo de proteger o patrimônio público seja plenamente alcançado, é fundamental que as instituições de controle atuem de forma coordenada e eficiente.

2.2.7 RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO

Outro aspecto fundamental da Lei de Improbidade Administrativa é o ressarcimento integral do dano, que visa à recomposição dos prejuízos causados ao erário. Previsto no art. 5º da LIA, esse mecanismo possui natureza reparatória e independe da aplicação das demais sanções previstas na legislação. Segundo o dispositivo, “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa,

do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” (BRASIL, 1992).

O ressarcimento integral é essencial para garantir que os recursos públicos desviados sejam recuperados e destinados aos fins legais e sociais. A obrigatoriedade de reparar o dano também reforça o princípio da eficiência administrativa, desestimulando condutas ímprobas que gerem prejuízos financeiros ao Estado.

Para efetivar o ressarcimento, o Ministério Público e outros órgãos de controle, como a Advocacia-Geral da União (AGU), possuem papel estratégico. A identificação do dano e a comprovação do prejuízo exigem investigações detalhadas, que frequentemente incluem auditorias, perícias e análises financeiras complexas.

No entanto, a efetividade do ressarcimento enfrenta desafios, como a dificuldade de localizar bens ocultos ou transferidos para terceiros, além de entraves processuais que podem prolongar o tempo necessário para o trânsito em julgado das decisões judiciais.

Com as alterações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021, o ressarcimento integral do dano mantém sua relevância, mas o debate sobre sua prescritibilidade foi intensificado. Enquanto parte da doutrina defende que o ressarcimento é imprescritível, outra corrente sustenta que ele deve obedecer aos prazos previstos em lei, garantindo maior segurança jurídica.

A aplicação do ressarcimento integral do dano tem impacto direto na recuperação de recursos desviados e na prevenção de novas práticas de improbidade. Quando combinado com outras sanções, como a perda de bens, contribui para a construção de um ambiente de maior responsabilidade na gestão pública e para o fortalecimento da confiança da sociedade nas instituições.

3. EFEITOS INICIAIS DA CONDENAÇÃO PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS E AGENTES POLÍTICOS

De acordo com (LANZ, 2024), as novas regras de sanção a agentes públicos são vistas por alguns autores como vantajosas por evitarem penalizações sem dolo. No entanto, outros argumentam que essas mudanças permitem que agentes que deveriam ser punidos escapem indevidamente. Após a Lei 14.230/2021, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores têm resultado no provimento, às vezes parcial, de diversos agravos antes do trânsito em julgado.

Os efeitos iniciais das alterações na aplicação de sanção a agentes públicos tem sido, na visão de alguns positivos, evitando penalizações em casos sem a caracterização do dolo. No entanto, para outros autores, agentes públicos que deveriam ser sancionados, têm evitado essas penalizações indevidamente.

Alguns acreditam que as novas regras de sanção a agentes públicos são positivas, pois evitam penalizações sem evidência de dolo. Contudo, outros argumentam que essas mudanças permitem que agentes que deveriam ser punidos escapem indevidamente.

As mudanças nas regras de sanção a agentes públicos têm gerado opiniões divergentes. Alguns consideram que as alterações são positivas, pois evitam punições em casos em que não há comprovação de dolo. Por outro lado, há quem acredite que essas modificações podem permitir que agentes que deveriam ser responsabilizados escapem da punição. Assim, enquanto uns veem as mudanças como uma forma de evitar penalizações indevidas, outros temem que elas favoreçam a impunidade (ROSSI, 2024).

3.1 ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS SANÇÕES NA PREVENÇÃO E CORREÇÃO DE CONDUTAS ÍMPROBAS.

A lei de improbidade Administrativa tem se destacado como uma importante ferramenta na tentativa de moralizar a administração

pública no Brasil. Ao longo dos anos ela consolidou como instrumento essencial no combate a corrupção e aos atos de improbidade administrativa. Porém, é evidente que, nem sempre a lei tem alcançado todos os casos necessários, para obter os resultados desejados, e sua aplicação acaba enfrentando diversos obstáculos que comprometem os objetivos focos (OLIVEIRA, 2017).

Os atos de improbidade administrativa têm gerado forte repercussão na sociedade, que como consequência exige do estado mais eficiência para combater a improbidade administrativa. A atuação dos sistemas de responsabilização dos agentes públicos, que já possuem base normativa estabelecida, precisa ser mais eficaz. A prática da improbidade administrativa contribui para a disseminação da corrupção em diversos níveis da administração pública, resultando em desvios de recursos e favorecimento de interesses privados. Isso afeta diretamente o orçamento público e compromete investimentos essenciais em áreas como saúde, educação e infraestrutura, prejudicando os direitos fundamentais dos cidadãos e agravando a desigualdade social, conforme previsto na Constituição de 1988 (LOPES et al, 2023).

3.2 DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O combate à improbidade no sistema público brasileiro enfrenta desafios como a falta de recursos e estruturas inadequadas, afetando principalmente órgãos no interior. O Ministério Público, entre outros, lida com recursos insuficientes e tecnologia limitada para investigar e punir casos de improbidade. A impunidade persiste devido a investigações lentas, penas brandas e dificuldades nas apurações, agravadas pela prescrição intercorrente na nova LIA. A cooperação ineficaz entre órgãos e a influência política complicam ainda mais a resolução dos casos. Essas questões destacam a necessidade de

melhorias no sistema para combater a impunidade e garantir a eficácia da lei (LOPES et all, 2023).

Além disso, a participação ativa da sociedade, por meio da denúncia de irregularidades, é fundamental, mas ainda precisa ser mais incentivada e efetiva para garantir que os atos de improbidade sejam punidos de maneira eficaz e que o sistema público funcione de acordo com os princípios da transparência e justiça.

3.2.1 JURISPRUDENCIAIS NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DE IMPROBIDADE

Diante da ampla discussão em torno da Lei de Improbidade Administrativa, é importante analisar como os Tribunais Superiores têm interpretado a aplicação de seus dispositivos, com especial atenção às alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021. Essas mudanças legislativas trazem novos critérios e abordagens para a responsabilização de agentes públicos, e a maneira como os tribunais têm se posicionado sobre esses ajustes é essencial para assegurar a correta aplicação da norma, garantindo os princípios fundamentais da administração pública, como moralidade, eficiência e transparência.

Doutrinariamente e jurisprudencialmente, é amplamente aceito que, embora a Lei nº 8.429/92 preveja sanções severas, estas não possuem natureza penal. Isso se deve ao fato de que, conforme o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, os atos de improbidade administrativa implicam penalidades como a suspensão dos direitos políticos, a perda do cargo público, a indisponibilidade de bens e a obrigação de ressarcir o erário, conforme o estabelecido pela legislação, sem prejuízo da aplicação de eventuais sanções penais (PAGGI, 2024).

Nesse aspecto, é possível analisar alguns julgados que se relacionam a interpretação da improbidade administrativa e sua aplicação legal:

Improbidade é maldade, perversidade, corrupção, devassidão, desonestidade, falsidade, qualidade de quem atenta contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos. Ausentes essas características na inobservância formal do ordenamento, não há como aplicar pena por improbidade ao agente público (TJSP, Ap. 400.147- 5/5, rel. Des. José Renato Nalini, DJe 15-8-2006).

A aplicação da lei depende de diversas interpretações sobre os atos legais no direito. O primeiro aspecto a ser analisado refere-se aos princípios do direito e da administração pública, verificando se estão sendo observados de acordo com as expectativas estabelecidas.

Uma jurisprudência que chama bastante atenção, em relação a observância dos princípios da administração pública:

[...] A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade [...] O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. 5. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação

que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior. [...] (STJ, REsp 695.718 SP, rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. 16-8-2005, DJ 12-9-2005).

Por fim, o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.797/2005, que declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, destacou a questão fundamental sobre a competência para dispor sobre foro por prerrogativa de função. A decisão do Supremo Tribunal Federal reforçou a ideia de que apenas a Constituição Federal pode regular o foro privilegiado, não sendo permitido a criação dessa prerrogativa por meio de lei ordinária. (RODRIGUES, 2017) Esse entendimento reafirma a necessidade de respeitar os princípios constitucionais, como a igualdade e a ampla jurisdição, evitando que normas infraconstitucionais possam flexibilizar esses direitos.

3.3 PERSPECTIVAS FUTURAS E COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O combate a improbidade administrativa é um desafio constante para a gestão pública, uma vez que dentre vários aspectos estão envolvidos a proteção do recurso público e a preservação da confiança que a sociedade tem nas instituições públicas.

Um ponto de importância para este contexto é a inclusão do acordo de Não Persecução Civil (ANPC), que é uma possibilidade prevista pelo artigo 17-B da lei de improbidade administrativa, com a Lei 14.230/2021, que possibilita uma abordagem mais eficiente e consensual para resolver casos de improbidade. Que por mais a ANPC já fosse prevista anteriormente, a falta de regulamentação dificulta a sua aplicação e a possibilidade de uma nova legislação iria facilitar a

estabelecer critérios claros e celebrar mais acordos e assim garantir maior segurança jurídica (PAGGI, 2024).

As perspectivas futuras para esse enfrentamento envolvem a implementação de novas ferramentas tecnológicas, aprimoramento de legislações e a atuação mais eficaz dos órgãos de controle, com o objetivo de coibir práticas corruptivas e garantir maior transparência e responsabilização dos agentes públicos. A crescente mobilização social e o fortalecimento da cidadania também desempenham um papel fundamental, criando um ambiente mais propício à promoção da ética e à justiça no setor público.

3.4 ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A efetividade da governança pública e o fortalecimento do sistema de responsabilização administrativo exigem um aprimoramento contínuo dos processos disciplinares e das estratégias de prevenção mais eficazes. Nesse contexto é fundamental repensar sobre o papel do processo administrativo disciplinar tradicional, é buscar estratégias que ampliem os canais de denúncia e investimento na análise preliminar das infrações cometidas. O foco deve ser a criação de novos mecanismos que tornem mais eficaz as investigações de um processo formal. Além disso, alternativas à persecução disciplinar, como acordos e mediação de conflitos, devem ser exploradas, principalmente para infrações de menor gravidade, buscando soluções mais rápidas e eficientes (ABIJAODI, 2021).

A integração de medidas preventivas, a partir de avaliações dos relatórios das comissões processantes, também é importante para evitar a repetição de erros e aprimorar os controles internos. A proposta é que o sistema disciplinar não se limite apenas à punição, mas que promova também uma verdadeira transformação na postura dos agentes públicos, incentivando práticas éticas e responsáveis. No

ponto de vista de (LIMA, 2012) uma oportunidade de efetivação do combate a improbidade é:

Como meio mais eficaz para o combate às omissões proibidas por lei, vislumbra-se o mandado de injunção que com a adesão à Teoria Concretista, eficácia mandamental, mesmo rito especial do mandado de segurança concedidas pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia constituir em mora o Legislativo, compelir a regulamentar a norma de eficácia limitada, conceder de pleno gozo o direito pleiteado, conferindo respostas concretas para ação e ainda com o plus de sua celeridade. Por tais características elencadas, tal ação poderia substituir a Ação Civil Pública e Ação Popular no combate à Improbidade Administrativa, dando com toda convicção resultados mais eficientes para os que mais precisam.

Dessa forma, o mandado de injunção, ao possibilitar uma resposta rápida e eficaz por meio da regulamentação das normas de eficácia limitada, se apresenta como uma ferramenta promissora para suprir lacunas legislativas e garantir o pleno exercício de direitos fundamentais. Sua celeridade e eficácia podem, de fato, oferecer uma solução mais eficiente no combate à improbidade administrativa, superando limitações de outras ações, como a Ação Civil Pública e a Ação Popular, ao garantir respostas mais concretas e imediatas, beneficiando a sociedade e promovendo a justiça em casos de omissões normativas (LIMA, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A má conduta administrativa é um desafio persistente e complexo que a administração pública brasileira enfrenta, minando não apenas a eficiência e a ética da gestão dos recursos públicos, mas também a confiança pública nas instituições governamentais. Este estudo

investiga de forma abrangente todos os aspectos deste tema, com foco nas inovações legislativas e nos princípios constitucionais que fundamentam a administração pública, e no impacto da Lei nº 8.429 de 1992 e trazido pela Lei nº 14.230 de 2021. Analisando as alterações.

Entre os pontos mais relevantes, podem ser destacados os avanços relacionados à exigência de dolo para a caracterização de atos de improbidade e a introdução do Acordo de Não Persecução Civil (ANPC). Essas mudanças buscam equilibrar a aplicação da lei, oferecendo maior segurança jurídica aos agentes públicos, ao mesmo tempo em que reforçam a necessidade de punir práticas que comprometam o interesse público. Entretanto, tais alterações também geram preocupações sobre possíveis lacunas na responsabilização de condutas que, embora não dolosas, ainda possam causar danos significativos ao erário ou violar princípios administrativos.

A pesquisa ressaltou o valor dos princípios constitucionais de legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência como bases que direcionam as diretrizes da administração pública orientando assim o cumprimento da Lei de Improbidade Administrativa; sendo essenciais para assegurar que as atividades do setor público sejam feitas de forma ética, transparentes e comprometidas com o bem-estar comum. Além disso foi observado que as medidas disciplinares estabelecidas na lei ainda são fundamentais para coibir condutas impróprias se forem aplicadas de maneira equitativa e coerente como a restrição dos direitos políticos, suspensão de cargos públicos e proibição de contratos com o setor público.

Outro aspecto de relevância que foi tratado foi a tipologia dos delitos constitutivos da falta administrativa que compreende o enriquecimento ilícito, os danos ao erário e a violação dos princípios da administração pública. O uso sistematizado desta doutrina-tipologia dá uma imagem mais clara dos atos que devem ser tratados e enfatiza a necessidade de melhores medidas preventivas e repressivas. As reformas legislativas modificaram a maneira como os fatos devem ser investigados, no entanto, a comissão desses fatos trouxe como um dos

problemas a necessidade de inovar os órgãos de controle interno e promover a horizontalidade dos diferentes níveis de controle.

Por outro lado, uma pesquisa evidenciou a necessidade de ações preventivas e corretivas na luta contra a corrupção. Foi proposto um maior controle interno, o emprego de tecnologia a serviço da transparência e o ativismo dos cidadãos deveriam ser mudanças que tornariam a gestão pública mais eficaz e participativa. Tais ações preventivas protegem as probabilidades de quaisquer eventuais irregularidades ocorridas e também ajudam a cultivar um ambiente mais seguro para a instituição.

Em suma, o enfrentamento da improbidade administrativa demanda esforços conjuntos entre os órgãos de controle, a sociedade e os gestores públicos, com o objetivo de promover a ética e a eficiência na gestão pública. Este estudo contribui para o aprofundamento do debate sobre o tema, destacando a importância de políticas públicas eficazes, uma legislação clara e justa, e a necessidade de uma cultura de integridade nas instituições. Somente por meio de ações integradas e contínuas será possível assegurar que os recursos públicos sejam utilizados de forma transparente e em benefício da coletividade, consolidando a confiança da sociedade no Estado e fortalecendo os princípios do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABIJAODI LOPES DE VASCONCELOS, M. . **A ressignificação do direito administrativo disciplinar no contexto de integridade pública e prevenção de faltas funcionais.** Publicações da Escola Superior da AGU, [S. l.], v. 13, n. 1, 2021. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2886>. Acesso em: 19 nov. 2024.

ARAÚJO, Natanael Melo de. **A aplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa.** 2019. Monografia (Graduação) — Centro Universitário de Brasília, Brasília 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13384/1/21488136.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2024.

BEZERRA, Fernando do Nascimento; KANNO, Gabriela Zeola; SILVA, Rodrigo Rocha da. **Análise de jurisprudência relativa à conversão de penalidade de perda da função pública em cassação de aposentadoria imposta em caso de improbidade administrativa.** *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*, v. 11, n. 18, 2024. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/8669>. Acesso em: 13 nov. 2024.

BOBSIN, Arthur. **Princípio da eficiência.** Aurum, 2021. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-eficiencia/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.230**, de 25 de outubro de 2021. *Presidência da República*, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. *Presidência da República*, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

CANDIDO, Levi. **Princípio da Impessoalidade na Administração Pública**. LanceFácil, 2022. Disponível em: <https://blog.lancefacil.com/principio-da-impessoalidade-na-administracao-publica/>. Acesso em: 10 de nov. 2024

CÂNDIDO, Levi. **Princípio da moralidade na administração pública**. Lance Fácil, 2024. Disponível em: <https://blog.lancefacil.com/principio-da-moralidade-na-administracao-publica/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Não existe ato de improbidade por violação a princípios gerais**. Consultor Jurídico (CONJUR), 16 maio 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-16/nao-existe-ato-de-improbidade-por-violacao-a-principios-gerais/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

DRONOV, Victor Hugo Inácio. **Improbidade Administrativa: a nova Lei de Improbidade Administrativa e seus efeitos práticos no universo jurídico**. 2024. Monografia (Graduação) Faculdade Fasipe Campus Rondonópolis - MT, Rondonópolis/MT, 2024. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/TCC%20II%20%20VICTOR%20HUGO%20INA%CC%81%20CIO%20DRONOV.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2024.

FERNANDES, Flávio Sátiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 136. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/296/r136-09.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2024.

GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor Gomes. **Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público**. Direito Eleitoral: debates ibero-americanos. Curitiba: Íthala, p. 257-274, 2014.

HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa** - Lei 8.429/1992. *JusBrasil*, 2020. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/capitulo-6-os-atos-de-improbidade-improbidade-administrativa-lei-8429-1992/1212769240?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=doutrina_dsa&utm_term=&utm_content=capitulos&campaign=true&gad_source=1&gclid=CjwKCAiArva5BhBiEiwA-oTnXcQahKp5gLMti_yt9sRdsXfnq5-Z2yeavJvQ34mfF1-q5Y-Cho1vphoCEtgQAvD_BwE. Acesso em: 20 nov. 2024.

HELTON, Thiago. **O que é princípio da legalidade**. Aurum, 2022. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-principio-da-legalidade/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

HONORIO, Jean Carlos dos Santos. **Desafios jurídicos da Lei de Improbidade Administrativa: o problema da violação de princípios como ato de improbidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)–Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

KANIESKI, Felipe da Silva. **O procedimento administrativo e o processo judicial da Lei de Improbidade Administrativa**. Jus Brasil, 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-procedimento-administrativo-e-o-processo-judicial-da-lei-de-improbidade-administrativa/1307376764>. Acesso em: 18 nov. 2024.

LANZ, Luciano Quinto. **A exclusão da modalidade culposa da lei de improbidade administrativa e seus impactos na responsabilização de agentes públicos**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/384569138_A_exclusao_da_modalidade_culposa_da_Lei_de_Improbidade_Administrativa_e_seus_impactos_na_responsabilizacao_de_agentes_publicos Acesso em: 04 jan. 2025.

LIMA, Cledísio Ferreira de Farias. **Eficácia mandamental do mandado de injunção frente à improbidade administrativa por**

omissão. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/79/1/CFFL17092012.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2025.

LINS, Aniello Aufiero, J. **Do Combate à Improbidade Administrativa** - 2ª Edição. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. E-book. p.20. ISBN 9786556270135. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270135/>. Acesso em: 14 nov. 2024.

LOPES, L.; COSTA L. ; ROSA M. **Lei de Improbidade Administrativa: Impactos sociais e desafios no sistema mais retorno ao erário.** Disponível em: <https://maisretorno.com/portal/termos/e/erario>. Acesso em: 20 nov. 2024.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 123 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 93.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.

MICHELOTTO, Mariana Nogueira. **Ne bis in idem na aplicação cumulativa das penas de multa na ação de improbidade e no processo penal.** 2022. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/f8b63d2d-de46-465a-ab30-27c5cdf52c8c/full>. Acesso em: 04 jan. 2025.

NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual.** 9th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559645367. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645367/>. Acesso em: 14 nov. 2024.

NOGUEIRA, Herbert H. **Lei de improbidade administrativa: Uma importante ferramenta jurídica para combater a corrupção.** 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/392305/lei-de-improbidade-administrativa-uma-importante-ferramenta-juridica>. Acesso em: 14 de nov. 2024.

OLIVEIRA, Ana Luisa Vogado de. **Os impactos das alterações no sistema de improbidade administrativa pela Lei n.º 14.230/21 e a atipicidade do ato culposo: segurança jurídica ou enfraquecimento do combate à corrupção.** 2024. Disponível em: http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/47273/1/AnaLuisaVogadoDeOliveira_DISSERT.pdf. Acesso em: 04 jan. 2024.

OLIVEIRA, Andrei Herberth Rodrigues. **Lei de Improbidade Administrativa: uma análise sobre a efetividade das sanções.** 2017. Especialização em Direito Processual Civil. Universidade Anhanguera (Uniderp). Enviado em setembro de 2016; aceito em janeiro de 2017.

OLIVEIRA, José Pedro Fernandes Guerra de. **O princípio da eficiência na administração pública.** JusBrasil, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-da-eficiencia-na-administracao-publica/487523360>. Acesso em: 20 nov. 2024.

OLIVEIRA, Josenildo Carneiro de. **O princípio constitucional da publicidade.** JusBrasil, 20 nov. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-constitucional-da-publicidade/1458518036>. Acesso em: 20 nov. 2024.

PAGGI, Gabriela et al. **A inclusão do art. 17-B na Lei 8.429/1992 e a evolução da perspectiva consensual no âmbito da improbidade administrativa a partir das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021.** 2024. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/255838/A%20inclus%C3%A3o%20do%20art.%2017-B%20na%20Lei%208.4291992%20e%20a%20>

[evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20perspectiva%20consensual.pdf?-sequence=1&isAllowed=y](#). Acesso em: 04 jan. 2025.

PATRIOTA, Caio César Soares Ribeiro Borges. **O princípio da moralidade administrativa. Jus Brasil, 2016.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-da-moralidade-administrativa/433140195>. Acesso em: 16 nov. 2024.

PONTES, Vlória Maria Oliveira de. **Da suspensão de direitos políticos em decorrência de ato de improbidade administrativa.** 2006. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33482/1/2006_tcc_vmopontes.pdf. Acesso em: 04 jan. 2025.

PRESSUTO, Heber. **Improbidade administrativa.** Aurum, 2023. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/improbidade-administrativa/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

PÚBLICO BRASILEIRO. **Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro**, [S. l.], v. 13, n. 1, 2023. DOI: 10.61164/rmnm.v13i1.1829. Disponível em: <http://revista.unipacto.com.br/index.php/multidisciplinar/article/view/1829>. Acesso em: 18 nov. 2024.

REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA. **Caso de Improbidade Administrativa.** [S. l.], v. 11, n. 18, p. 23-35, 2024.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Improbidade administrativa e finanças públicas.** Boletim de Direito Administrativo, dez. 2000, p. 920.

RODRIGUES, Vinicius Pestana. **A Lei de Improbidade Administrativa perante os agentes públicos.** 2017. Disponível em: <https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1800/1/Vinicius%20Rodrigues.pdf>, Acesso em 04 jan. 2025.

ROSSI, Licínia. **Manual de Direito Administrativo - 10ª Edição** 2024. 10th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.603. ISBN

9788553620067. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620067/>. Acesso em: 17 nov. 2024.

SHIMURA, Sérgio. **Sanções pela prática do ato de improbidade administrativa**. Revista Direitos Humanos Fundamentais, [S. l.], v. 9, n. 1, 2009. DOI: 10.36751/rdh.v9i1.285. Disponível em: <https://revistas.unifio.br/rmd/article/view/285>. Acesso em: 10 nov. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2022.

STJ. **Limites à sanção de perda da função pública**. BDJur. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/improbi>. Acesso em: 11 nov. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. **A lei de improbidade e a proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios**. 2016. Disponível em: <https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/23668-76151-1-pb.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2025.

VENAGLIA, Guilherme. **Entenda a nova lei de improbidade administrativa aprovada na Câmara**. CNN Brasil, 17 jun. 2021. Atualizado em: 14 abr. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/entenda-a-nova-lei-de-improbidade-administrativa-aprovada-na-camara/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS DO PODER DE POLÍCIA E OS SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS INDIVIDUAIS

*Isabelly Ribeiro de Menezes*⁵⁷

*Thayane Cristina de Almeida Souto*⁵⁸

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁵⁹

Resumo: O assunto central da pesquisa é a análise das restrições administrativas impostas pelo poder de polícia e como elas afetam os direitos individuais dos particulares. Observa-se que, historicamente, a atuação do Estado sempre buscou equilibrar a proteção do interesse coletivo e a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos. No entanto, com o tempo, as formas de intervenção estatal se tornaram mais complexas, refletindo transformações sociais, políticas e econômicas que exigem um acompanhamento mais atento e criterioso. Assim, o presente artigo investiga como o poder de polícia tem sido utilizado pela administração pública e as possíveis tensões que surgem entre o interesse público e as garantias constitucionais dos indivíduos. Desse modo, visa-se estudar os princípios que regem essa atuação do Estado, como o interesse provado e a administração pública conflitam entre si. Após essa análise extensa, o que se conclui é que há um controle que equilibra a supremacia do Estado com a proteção dos direitos individuais e, nesse sentido, a resposta do judiciário tem sido positiva para assegurar que atuação do Estado, mesmo em nome do interesse coletivo, não ultrapasse os limites legais.

57 Graduanda do Curso de Direito da Universidade UNIEURO.

58 Graduanda do Curso de Direito da Universidade UNIEURO.

59 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia.

Palavras-chave: Poder de polícia. Princípios. Direitos individuais. Restrições administrativas. Poder discricionário. Administração pública. Interesse público e coletivo.

INTRODUÇÃO

A administração pública exerce um papel central na regulação das relações sociais, buscando equilibrar os interesses coletivos e individuais. O exercício do poder de polícia, uma das suas principais prerrogativas, limita ou disciplina direitos individuais em nome da ordem pública e do bem-estar coletivo.

Esse poder, embora essencial para a manutenção da ordem e da segurança social, deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas normas

infraconstitucionais, com respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Através dessa prerrogativa, o Estado interfere em várias esferas da vida privada, principalmente no que diz respeito à propriedade e ao controle de atividades individuais.

O presente estudo, visa abordar as restrições administrativas impostas pelo poder de polícia, especialmente na análise do impacto dessas intervenções sobre os direitos fundamentais dos indivíduos.

A delimitação do tema centraliza-se na análise do poder de polícia no direito administrativo brasileiro, com foco na interação entre o interesse público e os direitos individuais. O trabalho explora as diversas formas de restrições administrativas, tanto no controle da propriedade privada quanto na fiscalização das atividades econômicas e sociais. A investigação se concentra, ainda, no estudo das implicações jurídicas dessas limitações, destacando as ações do Estado para garantir que as atividades individuais se alinhem com a função social da propriedade e com a ordem pública, respeitando os princípios constitucionais de legalidade, proporcionalidade e finalidade.

A relevância do tema reside no impacto direto que as restrições administrativas têm sobre a vida dos cidadãos e na necessidade de

compreender os limites e as condições que regem esse poder. Do ponto de vista qualitativo, o estudo se justifica pela importância de garantir que o poder de polícia seja exercido de maneira equilibrada, sem excessos que possam violar direitos fundamentais. Quantitativamente, o tema é relevante à medida que o aumento das regulamentações e fiscalizações no Brasil impõe novos desafios para a Administração Pública e para os cidadãos, sendo necessário compreender o alcance dessas medidas para garantir uma aplicação justa e eficaz do direito administrativo.

A problemática que norteia este trabalho surge da tensão entre o poder discricionário da administração pública e os direitos individuais dos cidadãos. O problema de pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: até que ponto as restrições administrativas impostas pela administração pública são compatíveis com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal?

O objetivo geral deste trabalho é analisar o exercício do poder de polícia pela Administração Pública, com foco nas restrições administrativas e seus impactos sobre os direitos individuais, especialmente o direito de propriedade. Os objetivos específicos incluem:

(i) investigar as diferentes formas de restrições administrativas impostas pelo poder público,

(ii) discutir a aplicação da função social da propriedade na jurisprudência brasileira, e (iii) analisar a atuação do Poder Judiciário no controle das ações administrativas para garantir os direitos constitucionais.

A pesquisa foi realizada utilizando-se do método qualitativo, por meio da análise bibliográfica e documental, e da técnica de estudo de caso, com o objetivo de compreender a aplicação prática das normas e a jurisprudência relacionada ao tema. Foram analisadas decisões judiciais e doutrina especializada, buscando-se uma visão abrangente do tema, alinhada à realidade jurídica atual.

Por certo, o presente artigo contribui para a compreensão da dinâmica entre o exercício do poder de polícia e os direitos

fundamentais, proporcionando subsídios para a discussão sobre os limites da intervenção estatal e a proteção dos direitos individuais. A pesquisa visa, assim, enriquecer o debate sobre o direito administrativo e oferecer uma visão crítica sobre a atuação da Administração Pública no contexto contemporâneo.

1. PRÓLOGOS SOBRE O PODER DE POLÍCIA

1.1 CONCEITO

O conceito de Poder de Polícia é um dos mais relevantes no âmbito do Direito Administrativo, sendo compreendido como a prerrogativa atribuída ao Estado para condicionar ou restringir o exercício de direitos individuais em favor do interesse público. Segundo Hely Lopes Meirelles, “o Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2017, p. 123).

Sua expressão comporta diversos significados ao longo do tempo, dificultando o estabelecimento de um conceito que possa descrever um conceito que consiga de forma objetiva, abrangente, capaz de descrever de forma precisa seu significado. Discutindo primeiramente sobre o panorama do poder de polícia no direito administrativo brasileiro, Caio Tácito (1952, p. 18) aduz que:

O poder de polícia é, em suma o conjunto de atribuições concedidas à Administração em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade.

De forma mais abrangente, seguindo na mesma linha de raciocínio, Cretella Júnior (2012, p. 03) aborda a definição de poder de polícia:

Conjugando-se os elementos que, obrigatoriamente, devem estar presentes na estruturação conceitual - o Estado, detentor único do poder de polícia, a tranqüilidade pública, condição indispensável para que os agrupamentos humanos progridam, as restrições jurídicas à liberdade, necessárias para que a ação abusiva de um não cause embaraços à ação de outro - é possível atingir-se a seguinte definição jurídica de polícia: conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado sobre as atividades do cidadão mediante restrições legais impostas a essas atividades, quando abusivas, a fim de assegurar-se a ordem pública.

Essa atribuição está diretamente relacionada à necessidade de garantir a convivência harmônica na sociedade e proteger valores como a segurança, a saúde pública, o meio ambiente e a ordem econômica. Maria Sylvia Zanella Di Pietro reforça esse ponto ao afirmar que “o Poder de Polícia é um instrumento fundamental para assegurar o bem-estar coletivo, ao passo que permite à Administração Pública regular atividades privadas que impactem a esfera coletiva” (DI PIETRO, 2024, p. 87).

Vale ressaltar que, ao analisar na forma etimológica do termo “poder de polícia”, é evidente que tal terminação é inadequada, uma vez que a Administração pública não detém apenas o poder, mas assume também, essencialmente, o dever de polícia. Nesse sentido, ressalta Rogério Silva (2012, p. 03) ao tratar sobre o poder de polícia no direito administrativo:

Todavia, para melhor compreendermos o fundamento da proporcionalidade e da legalidade na aplicação

dos atos de polícia, bom é sabermos que o Estado, na verdade, não dispõe de um “poder” de polícia, mas de um dever de polícia, visto colocar-se para o indivíduo com a função de administrar, gerir os direitos destes e, para isso, por meio do ordenamento jurídico, no qual se limita. Cabe-lhe somente executar os mandamentos legais e não impor sua vontade, qual acontecia na era negra do absolutismo. Logo, há um dever e não um “poder”. E esse dever se reverte em função, pela qual o administrador se encontra obrigado a cumprir a finalidade que lhe foi designada por Lei.

No que tange à Polícia e Poder de Polícia, Cretella Júnior (2012, pp. 04-06) afirma:

De qualquer modo, entretanto, a classificação que permanece, sempre, é a tradicional, em dois ramos, a polícia administrativa e a polícia judiciária. Polícia administrativa, objeto particular de nosso estudo, é a que tem por objetivo tomar providências e fazer respeitar todas as medidas necessárias para a manutenção da ordem, da segurança e da salubridade pública. Há autores que preferem dividir a polícia em duas classes, polícia de segurança e polícia administrativa, entendendo-se pela primeira denominação a que tem por objetivo defender imediatamente os direitos dos indivíduos e do Estado, sendo administrativa a polícia que tutela a boa ordem da coisa administrativa. O serviço público constitui o objeto primordial e direito desta espécie de polícia. Divide-se, por sua vez, a polícia administrativa em tantos ramos quantos sejam os da administração. A polícia administrativa é também denominada polícia preventiva. Exerce atividade a priori, antes dos acontecimentos, procurando evitar que as perturbações se verifiquem.

Ademais, a polícia administrativa atua de forma preventiva em atividades e bens que afetam a sociedade (MEIRELLES, 2006, p. 03).

A polícia administrativa tem por escopo impedir as infrações da lei (sendo nesta parte preventiva) e sustentar a ordem pública em cada lugar, bem como em toda a parte do reino, assegurar a ordem e segurança públicas, a proteção dos direitos concernentes à liberdade, à vida e à propriedade e, bem assim, a prevenção dos delitos, por meio de ordens e determinações a tal fim dirigidas. A polícia administrativa ou preventiva incumbem, em geral, a vigilância, a proteção da sociedade, a manutenção da ordem e tranquilidade públicas, bem assim assegurar os direitos individuais e auxiliar a execução dos atos e decisões da Justiça e da Administração. A polícia judiciária é também denominada repressiva, nome que merece reparo, porque ela não “reprime” os delitos, mas auxilia o Poder Judiciário nesse mister. Polícia auxiliar é, porém, expressão correta.

Enquanto a polícia judiciária se concentra na atuação direta e repressiva sobre as pessoas que atacam as instituições e a sociedade ou atacam individualmente um dos seus componentes.

De forma prática, o Poder de Polícia se manifesta por meio de atos administrativos como licenças, autorizações, fiscalizações e aplicação de sanções. Essas medidas são voltadas à prevenção e repressão de atividades que possam colocar em risco os interesses públicos. Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF) destaca que o Poder de Polícia não é ilimitado, devendo respeitar os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988.

O fundamento jurídico do Poder de Polícia encontra-se no art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN), que o define como “a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito,

interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Por fim, é importante destacar que o Poder de Polícia tem como finalidade maior a promoção do interesse público, devendo ser exercido de maneira equilibrada, evitando abusos e garantindo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

1.2 PRINCÍPIOS GERAIS DO PODER DE POLÍCIA

Com o objetivo de trazer melhor compreensão do tema discutido, é crucial analisar a definição de alguns princípios que fazem parte da estrutura administrativa. Eles podem ser considerados como um conjunto de padrões de comportamento presentes de maneira implícita ou explícita em um determinado ordenamento, para trazer grande relevância, já que a violação de um princípio pode ser mais grave do que a violação a uma norma, pois fere todo um sistema de comandos.

Não existe hierarquia entre princípios, o que deve ser analisado é o caso concreto ao qual determinados princípios se adequam e outros não, mas devemos sempre excluir a ideia de que um prevalecerá sobre o outro (SILVA, 2011, p. 24).

Quando se trata de Administração Pública, é importante ressaltar que não há vontade nem liberdade pessoal, essa ideia repercute diretamente no princípio da legalidade, ou seja, todo ato praticado pelo Estado deve estar revestido de um provimento legal, de modo que a conduta do agente público seja legítima e não ultrapasse os limites necessários para a consecução do seu fim (SILVA, 2011, pp. 23-25).

Os princípios que norteiam o exercício do Poder de Polícia são fundamentais para garantir que a atuação do Estado esteja

em conformidade com o ordenamento jurídico e com os direitos fundamentais. Entre esses princípios, destaca-se o princípio da legalidade, que é compreendido com a seguinte definição: o que não há vedação em lei é permitido. Porém, quando se trata desse tema na esfera administrativa, tem-se um conceito contrário, uma vez que a Administração pública está estritamente ligada à lei, ou seja, o que a lei não dispõe, a Administração não deve executar (SILVA, 2011, pp. 27-30).

O princípio da proporcionalidade está diretamente relacionado à ideia de que a administração deve se utilizar de meios proporcionais para atingir a finalidade almejada, para que os indivíduos vejam os seus direitos concretizados na justa medida, de modo a evitar comportamentos abusivos ou decisões desproporcionais (SILVA, 2011, pp. 32-33).

Não somente isso, os princípios da moralidade administrativa e da finalidade apresentam consonância com o tema abordado, pois o agente público deve atuar com probidade e de forma objetiva no exercício de sua função.

Nesse sentido, o princípio da moralidade administrativa deverá a administração se pautar pelas normas éticas de conduta. Os valores morais abrangidos por este princípio seriam aqueles contidos em normas legais. Ou seja, os valores aos quais a lei confere caráter jurídico (CAMMAROSANO, 2011, p. 05).

Em se tratando do princípio da finalidade, este princípio da direcionamento e razão de existir à própria lei, estando nela inserido. Não trata do objetivo final de toda a norma, que é o alcance do interesse público, mas do interesse específico a que a norma propõe. A aplicação da lei, desviando-se da finalidade que é imposta, provoca abuso de poder ou de finalidade. (SILVA, 2011, p. 31)

A Administração Pública tem o dever de condicionar o interesse dos particulares ao interesse da coletividade, de modo que a convivência social se torne harmônica. Para defender os interesses coletivos, é necessário que a Administração Pública possua alguns atributos ou prerrogativas, tais como:

Vinculariedade: A Administração deverá agir conforme os limites estabelecidos em lei, mesmo que haja certo poder de escolha, essas escolhas devem estar todas condicionadas à lei de modo a evitar arbitrariedades (LAZZARINI, 2012, p. 04).

Discricionariedade: Onde a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto ao motivo ou ao objeto, devendo a Administração decidir qual o melhor momento de agir, o meio de ação adequado e qual a sanção cabível prevista na norma. Ex. alvará de autorização (LAZZARINI, 2012, p. 04).

Autoexecutoriedade: É a possibilidade que tem a Administração Pública de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário. No caso de já ter tomado uma decisão executória, a faculdade de utilizar a força pública para obrigar o administrado cumprir sua decisão (LAZZARINI, 2012, p. 04).

Coercibilidade: Esta medida da polícia é dotada de força coercitiva, é a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração para a garantia do cumprimento do ato de polícia. Essa coação está expressa nas medidas estatais auto executórias, ou seja, a coercibilidade está inserida dentro da própria autoexecutoriedade. Por isso, pode-se dizer que o Poder de Polícia realiza uma atividade negativa e uma positiva. Em relação à atividade negativa, diz respeito à limitação de liberdade que o particular sofre, imposição esta aplicada pela Administração. Já em relação à atividade positiva, desenvolverá uma atividade que vai conferir um benefício aos indivíduos, isoladamente ou em conjunto (LAZZARINI, 2012, p. 04).

Indelegabilidade: Atividade típica do Estado, sendo que somente o Estado pode exercer, envolvendo o exercício de prerrogativas específicas do poder público, como a repressão, que não pode ser exercida por um particular, a menos que esteja investido através de cargo público (MAIA, 2009, p. 12).

Sob esse viés, o uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores enquadra-se no poder discricionário do poder de polícia. Mas esta

liberdade é relativa, uma vez que a sua proporção é definida por lei, e seu exercício está ligado à satisfação do interesse público.

É interessante analisar que o Poder de Polícia é vinculado e discricionário ao mesmo tempo, pois os limites de atuação são delimitados pela lei, mas, ao mesmo tempo, a lei legitima certa liberdade da polícia, dando-lhe faculdade em relação aos seus atos (CUNHA. 2011, p. 05).

Ademais, o princípio da razoabilidade é essencial para assegurar que as restrições impostas pelo Poder de Polícia sejam justificáveis e compatíveis com os objetivos da Administração. Esse princípio evita a arbitrariedade e garante uma relação equilibrada entre os meios utilizados e os resultados pretendidos.

Por fim, o princípio da transparência reforça a necessidade de publicidade e clareza nas ações da Administração Pública, promovendo o controle social e a *accountability*. Esses princípios, em conjunto, estruturam o exercício do Poder de Polícia e garantem sua legitimidade e eficácia.

Como todo e qualquer poder administrativo, o Poder de Polícia tem limitações, pois sua atuação se restringe somente na sua finalidade, sem que haja excessos ou abusos de poder durante a prestação do serviço público.

1.3 FUNDAMENTOS DO PODER DE POLÍCIA

O fundamento do poder de polícia é o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o privado. Através dele, limitam-se os direitos individuais em benefício do interesse coletivo. O exercício e o uso da liberdade e da propriedade devem estar vinculados ao benefício coletivo.

1.4 BASE LEGAL E CONSTITUCIONAL

A Administração Pública, bem como o Poder de Polícia, está sujeita ao princípio constitucional da legalidade, conforme preceitua o artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Assim, a natureza, atividade que controla a vida privada, interfere no âmbito jurídico do caso. Quando o Estado exerce o poder de polícia, geralmente regula a liberdade e a propriedade dos indivíduos.

No âmbito privado, o princípio da liberdade é validado com a Constituição Federal em seu artigo 5º, II. Portanto, como uma ordem de vida privada, as restrições administrativas à liberdade e à propriedade devem basear-se na lei. Somente nestes casos, temos de enfrentar o exercício legítimo do poder de polícia.

Portanto, o Estado não deve propor um conceito impreciso e vago que limite a liberdade da pessoa administrada e o interesse público na propriedade.

É fundamental definir claramente o interesse público, seja a lei explícita ou implícita. Nesse sentido, doutrina, jurisprudência e o direito conceituam como um desenvolvimento do princípio da legitimidade e mostram que as ações administrativas discricionárias devem ser guiadas pelos requisitos básicos da finalidade como condição da autoridade pública.

E conforme definição do dispositivo legal Art. 78, do Código Tributário Nacional tem-se:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à

propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
(BRASIL, 1966)

A razão pela qual esta definição aparece no CTN é que o exercício deste poder constitui um dos fatos geradores da taxa de polícia, de modo a legitimar a arrecadação de tal tributo.

1.5 ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

A atuação do Poder de Polícia ocorre em diversas áreas, sendo um instrumento indispensável para a regulação de atividades privadas que impactam a coletividade. Exemplos clássicos incluem a fiscalização de atividades comerciais, industriais e ambientais, bem como a organização do espaço urbano por meio de normas de posturas municipais. Di Pietro destaca que “a fiscalização exercida pelo Poder de Polícia tem como objetivo assegurar o cumprimento da legislação e prevenir danos à sociedade” (DI PIETRO, 2024, p. 103).

Outro exemplo relevante é a regulação do trânsito, exercida por meio da aplicação de multas e da fiscalização de infrações, conforme previsto no Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Essas medidas são fundamentais para garantir a segurança e a ordem nas vias públicas, demonstrando a relevância do Poder de Polícia no dia a dia dos cidadãos.

Assim, a atuação do Poder de Polícia reflete a busca pelo equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses coletivos, sendo imprescindível para a manutenção da ordem e do bem-estar social.

No período absolutista, o Estado-Polícia significava um poder ilimitado, utilizando a lei para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem submeter a ela, por isso muitos estudiosos optam por utilizar a nomenclatura Poder Ordenador ao invés de Poder de Polícia (SUNDFELD, 1997, p. 09).

Isto porque uma legislação que pré-regulamentasse todos os atos da polícia seria desastrosa e impraticável. Esta discricção não é

absoluta; movimenta-se no âmbito das leis, e a polícia não deve lesionar ou violar direitos adquiridos sem necessidade real (CRETELLA, 2012, p. 06).

Como qualquer ação da Administração, o exercício do Poder de Polícia está sujeito ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional, pois, por um lado, a Administração tem o papel de regular a atividade do particular, não há dúvida de que tal regulamentação não admite poder absoluto sobre o administrado. Os limites do poder de polícia se resumem nisto: respeito à legalidade (CRETELLA, 2012, p. 17).

A função administrativa está subordinada à lei e só pode ser exercida consoante a sua finalidade geral e na órbita formada pelos limites da ordem jurídica e da situação contextual. O processo interpretativo é questionado como o único caminho para lhes conferir a objetividade necessária à sua aplicação. Uma vez esgotado, ainda restaria alguma margem para apreciação subjetiva do administrador, ou seja, poder discricionário (FRANÇA, 2012, p. 15).

De todo modo, a prerrogativa do poder discricionário deve ser enfatizada, pois é essencial, já que o legislador é incapaz de conhecer antecipadamente todas as situações de aplicação da lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, online) conceitua discricionariedade como:

[a margem de liberdade que remanesça no administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente].

Em outras palavras, a discricionariedade significa a liberdade de apreciação pela Administração Pública quanto à oportunidade e conveniência para tomar determinada medida.

É um sistema de liberdade vigiada, limitado por lei. Contudo, não é apenas a lei que limita a atuação do Poder Público, mas também os princípios que norteiam todo o Estado Democrático, decorrentes implícita ou explicitamente da ordem constitucional brasileira (FAJARDO, 2015, p. 13).

A escolha pela Administração Pública não se limita aos ditames legais, mas a todo um conjunto de princípios que informam e nos quais se baseia todo o ordenamento jurídico nacional, e aos quais está relacionado o Poder Público.

Não serão válidos apenas os atos discricionários praticados em violação da lei, mas também qualquer atividade discricionária que viole algum dos princípios integrantes do ordenamento jurídico, expressos ou não. (FAJARDO, 2015, p. 13).

Ao definir sobre as medidas a serem tomadas, principalmente quando se trata de ações discricionárias, o agente público deve basear sua escolha não apenas por critérios de conveniência e oportunidade, mas também por valores de probidade e moralidade que regem sua atuação.

Por outro lado, é fundamental verificar a razoabilidade, que evidencia a adequação entre os meios e fins, levando em consideração os fatos que ensejaram a decisão administrativa (FAJARDO, 2015, p. 14).

Para a validade e eficácia de um ato administrativo, é necessário corresponder às medidas adotadas e aos motivos que ensejaram a atuação da Administração Pública.

A moralidade refere-se ao comportamento do agente em valorar e declarar os motivos reais que ensejaram sua atuação, enquanto a razoabilidade indica adequação lógica entre eles e o conteúdo do ato (FAJARDO, 2015, p. 14).

Diante do panorama do poder de polícia no Direito Administrativo, Lazzarini (1995, pp. 01-02) argumenta que:

Para isso a Administração Pública tem um importante instrumento jurídico, um poder instrumental, denominado Poder de Polícia, que a autoriza a exercer os atos coercitivos necessários a fazer, quando colidentes, esse interesse geral prevalecer sobre o interesse individual. O Poder de Polícia, porém, tem barreiras que, se ultrapassadas, levam ao exercício anormal desse poder administrativo, ou seja, levam ao arbítrio, à arbitrariedade, ao abuso de poder, ao abuso de autoridade, sujeitando o agente público responsável, de qualquer dos Poderes Políticos e nível hierárquico, às sanções legais, de natureza administrativa, criminal e civil.

Partindo da premissa da vital necessidade do Poder de Polícia para manter a boa ordem na sociedade e proteger o interesse público, quando este é ameaçado por interesse privado, é conferido ao poder de polícia um poder discricionário, a fim de se atuar conforme os casos concretos requeiram. Uma vez que cada caso é específico, cada questão deve ser tratada de acordo com sua singularidade, conferindo ao poder de polícia uma atuação relativamente autônoma (CUNHA, 2011, p. 02).

Um eficaz impedimento ao fim da arbitrariedade consiste em agir à luz dos princípios da legalidade e da proporcionalidade, agindo de forma legítima e moderada na execução dos atos de polícia. Moderação na verificação dos resultados de cada atitude e moderação na aplicação da coercitividade.

Deve-se manter a proporcionalidade entre a infração e o ato coercitivo, para que não sejam ultrapassados os limites estabelecidos. É o caso do emprego da força quando não é necessário. Ou de não a empregar quando imprescindível (CUNHA, 2011, pp. 03-04).

E, para que o poder de polícia não se tornasse um instrumento nocivo nas mãos de seus detentores, convencionaram-se limitações para tal. Limitações quanto à forma, competência, aos fins e ao objeto, com o propósito de manter o original objetivo do poder de polícia, que

acima de qualquer coisa visa ao interesse e o bem-estar público. Esses limites se resumem a:

Necessidade: a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações do interesse público, ou seja, a polícia deve restringir-se a atuar apenas quando a sua intervenção for realmente necessária (DI PIETRO, 2024, p. 125).

Proporcionalidade/razoabilidade: é a relação entre a limitação dos direitos individuais e o dano a ser evitado, deve haver entre os meios utilizados e o dano que se pretende evitar (CARVALHO FILHO, 2009, p. 80).

Eficácia: a medida deve ser adequada para evitar qualquer dano ao interesse público. E para ser eficaz, a Administração não precisa recorrer ao Judiciário para executar as suas decisões, é o que chamamos de autoexecutoriedade (DI PIETRO, 2024, p. 125).

Portanto, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para atingir o mesmo objetivo, não sendo válidos quando são desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse protegido pela lei (DI PIETRO, 2024, p. 125).

Porém, o Poder de Polícia não é ilimitado, não há anuência plena para quem exerce atividades da Administração Pública fazer ou deixar de fazer alguma coisa ao seu critério.

Do ponto de vista jurídico, considera-se “regular o exercício de poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder” (LAZZARINI, 2012, p. 05).

Como se verifica, a norma legal estabelece barreiras ou limites que devem ser intransponíveis, pois acomodam a atividade humana, protegendo-a dos excessos dos governantes e administradores, barreiras ou limites esses que são de três ordens, pelo entendimento de Cretella Júnior: “os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis.”

A liberdade de atuação da polícia, hoje, está limitada à sua competência legal, isto é, cada força policial tem o exercício do Poder

de Polícia limitado à sua esfera de competência (LAZZARINI, 2012, p. 05).

A atividade administrativa não pode ser pensada em termos de poder, mas sim em termos de dever atingir a finalidade legal para satisfação do interesse público. É uma atividade desempenhada sempre no intuito de outrem, posto que tem o particular a garantia de que seus direitos e interesses serão respeitados em face da atuação unilateral do Estado.

Assim, o ato administrativo lesivo, vinculado ou discricionário, será apreciado pelo Poder Judiciário. No caso de ato vinculado, o exame pelo Poder Judiciário basear-se-á na verificação da conformidade da medida administrativa com o que foi prescrito pela norma (FAJARDO, 2015, p. 18).

2. DAS RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS

2.1 TIPOS DE RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública exerce uma função essencial na estruturação e controle da sociedade, com o objetivo de assegurar a ordem, a segurança e o bem-estar da coletividade. No entanto, essa atuação muitas vezes resulta em limitações que afetam os direitos pessoais dos cidadãos.

Como, por exemplo, a intervenção do estado na propriedade, essa intervenção do Estado na função social da propriedade ocorre através de várias ações, como a desapropriação por motivos de interesse social, a imposição de limitações administrativas e a aplicação de sanções por violações à legislação ambiental. (Souza, 2015, p. 15).

Dessa forma, podemos analisar que o proprietário deve utilizar seu bem de forma a atender às necessidades da comunidade e contribuir para o bem-estar coletivo, não apenas visando seus próprios interesses. Isso indica que a propriedade privada não é um

direito absoluto, mas sim um direito que deve ser exercido dentro dos limites impostos pelo Estado, assegurando que seu uso seja justo e equilibrado. (LIMA, 2023, p. 05)

A Constituição Federal de 1988 estabelece que “a propriedade deve cumprir sua função social”, o que significa que o Estado tem a obrigação de intervir quando necessário para assegurar que essa função seja respeitada. Essa intervenção pode envolver restrições ao uso da propriedade, desde que tais limitações sejam razoáveis, justificáveis e visem o bem-estar da sociedade. (CARVALHO, 2020, p. 25)

Dessa forma, podemos analisar que o proprietário, ao ser compelido a utilizar seu bem de acordo com a função social, pode ter sua liberdade de uso limitada. Isso implica que ele não pode agir apenas conforme sua vontade, pois deve levar em conta os efeitos de suas decisões sobre a comunidade. Portanto, embora a intervenção do Estado vise promover o bem-estar coletivo e garantir que a propriedade atenda à sua função social, é crucial que essa intervenção respeite os direitos individuais, assegurando um equilíbrio entre os interesses sociais e os direitos dos proprietários.

Entre outras restrições, podemos falar também sobre as sanções impostas pelo poder de polícia administrativa, que muitas vezes restringe os direitos e liberdades dos cidadãos independentemente de prévia apreciação judicial.

A atuação do Estado nos direitos individuais é justificável pela necessidade de alcançar o interesse público, protegendo o bem coletivo de maneira abrangente. Assim, o foco não está apenas na proteção de bens materiais, mas também em promover comportamentos que sejam considerados aceitáveis e desejáveis entre os indivíduos. (NETO, 2021, p. 20).

Dessa forma, o poder de polícia emana da supremacia do interesse público e representa uma prerrogativa que permite à Administração Pública restringir direitos, interesses e liberdades em favor do bem coletivo.

Por sua vez, o consentimento de polícia se refere à autorização concedida pelo Estado para que um particular realize atividades ou utilize sua propriedade, como é o caso da licença para dirigir ou para construir. (NETO, 2021, p. 30).

Os consentimentos refletem a aprovação da Administração Pública aos pedidos de indivíduos que desejam realizar uma atividade que requer essa autorização para ser considerada legítima. Nesse contexto, a Polícia Administrativa atua ao analisar se existem ou não normas restritivas e condicionantes relacionadas à atividade que se busca exercer. (CARVALHO FILHO, 2020, p.150)

Em síntese, as sanções impostas pelo poder de polícia administrativa demonstram a capacidade do Estado de restringir direitos e liberdades dos cidadãos em prol do interesse público, sem a necessidade de uma prévia avaliação judicial. Essa atuação se justifica pela busca do bem coletivo, que não se limita apenas à proteção de bens materiais, mas também visa promover comportamentos socialmente aceitáveis.

O consentimento de polícia, por sua vez, é um mecanismo que formaliza a autorização do Estado para a realização de atividades, garantindo que estas estejam em conformidade com normas restritivas. Assim, a Polícia Administrativa desempenha um papel crucial na manutenção da ordem e na promoção do bem-estar coletivo, equilibrando a liberdade individual com a necessidade de regulamentação em prol da sociedade.

2.2 CONFLITOS ENTRE INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS INDIVIDUAIS

Os conflitos entre o interesse público e os direitos individuais são temas recorrentes no âmbito das ciências sociais, do direito e da política. Esses conflitos emergem quando as necessidades e demandas da coletividade entram em choque com as garantias e liberdades individuais asseguradas por leis e constituições. Este texto aborda as

dinâmicas desses embates, destacando exemplos contemporâneos, fundamentos teóricos e soluções normativas.

O interesse público pode ser compreendido como o conjunto de valores, políticas e ações que promovem o bem-estar coletivo. Em contrapartida, os direitos individuais são prerrogativas fundamentais que protegem a dignidade, a liberdade e a autonomia dos indivíduos, muitas vezes expressos em documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Constituições nacionais. Contudo, a interseção entre esses dois conceitos frequentemente gera tensões. (SARLET, 2015)

O Direito Administrativo Público é comumente entendido como a primazia da sociedade em relação ao indivíduo, do interesse público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva em detrimento da autodeterminação individual. (BINENBOJM, 2019, p. 10)

Os conflitos entre o interesse público e os direitos individuais são uma questão central no direito administrativo e na prática governamental. O poder de polícia, que se refere à capacidade do Estado de limitar direitos individuais em prol da ordem pública e do bem-estar coletivo, frequentemente gera tensões que precisam ser cuidadosamente geridas. Em muitas situações, a proteção dos direitos fundamentais pode colidir com a necessidade de manter a segurança, a saúde e a ordem social. (DI PIETRO, 2024, p. 40)

Um exemplo claro está na implementação de medidas de emergência durante crises sanitárias, como a pandemia da COVID-19. Governos em todo o mundo adotaram medidas restritivas — como lockdowns, obrigatoriedade do uso de máscaras e vacinas — com o objetivo de proteger a saúde pública. Essas medidas, embora justificadas pelo interesse público, geraram resistência por parte de grupos que alegaram violação de direitos individuais, como a liberdade de locomoção e a autonomia corporal. Segundo Dworkin (2002), “a dignidade individual deve ser preservada mesmo em cenários de crise coletiva”, ressaltando a complexidade desses dilemas.

Outro exemplo relevante é a proteção ambiental. Políticas públicas que visam a conservação de biomas e a redução de emissões

de carbono podem limitar atividades econômicas individuais, como a expansão agrícola ou a exploração de recursos naturais. Esses casos evidenciam a dificuldade em equilibrar os direitos de proprietários e empreendedores com as demandas coletivas por sustentabilidade. Como aponta Alexy (2008), “a aplicação do princípio da proporcionalidade é essencial para compatibilizar interesses concorrentes”.

A análise dos conflitos entre interesse público e direitos individuais revela a complexidade das relações entre o Estado e o cidadão. Como enfatizado por Binenbojm anteriormente. O Direito Administrativo muitas vezes coloca o interesse coletivo acima das prerrogativas individuais, o que pode levar a tensões significativas. (BINENBOJM, 2019, p. 10)

Sob a perspectiva teórica, pensadores como John Stuart Mill e Ronald Dworkin oferecem reflexões fundamentais para a compreensão desses conflitos. Mill, em “Sobre a Liberdade”, defende que “a liberdade individual deve ser restringida apenas quando suas ações causarem dano a outros” (Mill, 2019). Dworkin, por sua vez, argumenta que “os direitos individuais possuem uma importância especial e não podem ser simplesmente sacrificados em nome do bem-estar geral” (Dworkin, 2002).

A capacidade do Estado de exercer o poder de polícia, embora essencial para garantir a ordem pública e a proteção da sociedade, deve ser exercida com cautela e responsabilidade.

Diante desses desafios, as soluções normativas buscam estabelecer mecanismos de mediação. Tribunais constitucionais desempenham um papel essencial ao interpretar leis de forma a balancear direitos individuais e o interesse público. Um exemplo é o princípio da proporcionalidade, amplamente utilizado em sistemas jurídicos como o brasileiro e o alemão. Esse princípio exige que as restrições aos direitos individuais sejam adequadas, necessárias e proporcionais ao objetivo público que pretendem alcançar.

Em conclusão, os conflitos entre interesse público e direitos individuais são inevitáveis em sociedades democráticas e pluralistas.

No entanto, por meio de uma abordagem fundamentada em princípios democráticos e na jurisprudência constitucional, é possível buscar soluções que minimizem esses embates e promovam um equilíbrio entre as necessidades da coletividade e as garantias individuais.

2.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Como já ilustrado ao longo do capítulo, a supremacia do estado em prol do coletivo vai sempre estar acima dos interesses individuais.

O interesse privado e a administração pública frequentemente entram em conflito nas esferas administrativa ou judicial, uma vez que o poder de polícia administrativo é comumente aplicado com o objetivo de assegurar o bem-estar coletivo. (NASCIMENTO, 2016, p. 40)

Podendo assim, o cidadão que identifica abusos de poder ou quaisquer irregularidades recorre ao Poder Judiciário, a fim de proteger seus direitos e evitar prejuízos causados pelas ações do poder público. (NASCIMENTO, 2016, p. 40)

Dessa forma, podemos entender que há um controle que equilibra a supremacia do Estado com a proteção dos direitos individuais, funcionando como um mecanismo de freio às arbitrariedades e excessos administrativos. Assim, o Judiciário assegura que a atuação do Estado, mesmo em nome do interesse coletivo, não ultrapasse os limites estabelecidos pela Constituição e pelos direitos humanos. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 75)

Nesse sentido, chegou ao Supremo Tribunal Justiça o seguinte julgamento:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COQUETEL E BEBIDA MISTA ALCOÓLICA DE VINHO. FABRICAÇÃO. FIXAÇÃO DE NOVOS PADRÕES DE IDENTIDADE E QUALIDADE. PODER DE POLÍCIA. REGISTRO. VALIDADE. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA. INTERESSE JURÍDICO

NÃO-DEMONSTRADO. 1. Há de ser indeferido pedido de assistência formulado com base nos arts. 50 e seguintes do CPC quando a parte não demonstra objetivamente em que consiste seu pretense interesse jurídico no resultado da demanda, ou, em outras palavras, qual a relação jurídica de que seja eventualmente titular está sujeita aos efeitos da decisão que vier a ser proferida. 2. A discricionariedade que caracteriza o poder de polícia da Administração deve estar contida nos limites estabelecidos na lei, devendo a autoridade observar atentamente essas limitações, sob pena de incidir em arbitrariedade, por abuso ou desvio de poder. 3. Se, por um lado, não há de ser questionado o poder de polícia da Administração Pública para presente o interesse público, rever os procedimentos tendentes a aprimorar a identidade e qualidade de coquetéis de vinho oferecidos ao consumidor, por outro, não se lhe pode permitir que, em nome desse mesmo poder, faça tábula rasa do ordenamento jurídico, para revogar, unilateralmente, autorização dada ao empresário, por prazo certo e determinado. 4. Hipótese em que o direito líquido e certo da impetrante de continuar a produzir as bebidas mistas registradas (com graduação alcoólica superior a 15% em volume e com menos de 50% de vinho) está amparado em autorização dada pelo próprio Ministério da Agricultura, com base na legislação em vigor. 5. Ao tempo em que se assegura à impetrante o direito de prosseguir na fabricação das bebidas, devidamente certificadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, restringe-se a sua comercialização como “derivados do vinho”, devendo ser promovida a adequação dos rótulos que indiquem o contrário. 6. Segurança parcialmente concedida. (STJ - MS: 10597 DF XXXXX/XXXXX-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 27/06/2007, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 22.10.2007 p. 184)

O caso em questão refere-se a um mandado de segurança impetrado por uma empresa contra uma Instrução Normativa do Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. A Instrução estabelecia novas regras para regulamentar a qualidade de coquetéis e vinhos, com base no princípio do interesse público. No entanto, a empresa já havia obtido certificados que a autorizavam a comercializar seus produtos por um período de dez anos, sem a necessidade de se adequar às novas exigências. Nesse contexto, os ministros entenderam que a empresa impetrante havia adquirido um direito líquido e certo.

Além disso, conforme o caso apresentado, o administrador público não poderia simplesmente reconhecer ou validar o que já estava registrado, pois, de acordo com a legislação vigente, tais registros não teriam mais validade. Isso ocorre porque o papel do administrador público é cumprir o que está estabelecido pela lei, não podendo criar restrições ou imposições que não sejam permitidas pelo ordenamento jurídico. Portanto, é fundamental que o administrador observe rigorosamente as limitações legais, pois, caso contrário, seus atos podem ser considerados como abuso de poder ou desvio de finalidade.

Em uma, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça neste caso ressalta a relevância de os gestores públicos respeitarem os limites legais ao exercerem o poder de polícia. Ainda que o Estado possua a autoridade para regulamentar e criar diretrizes visando à proteção do interesse coletivo, essa atuação não pode ignorar os direitos já estabelecidos para cidadãos e empresas.

O exercício do poder discricionário por parte da Administração pública deve ocorrer em conformidade com as normas jurídicas e com a devida consideração aos direitos individuais, sob risco de caracterizar abuso de poder.

Nesse sentido, a decisão enfatiza que a revogação unilateral de autorizações, sem a devida fundamentação legal, constitui uma afronta aos direitos do cidadão e não se alinha aos princípios da legalidade e da segurança jurídica que regem a Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo visa uma análise do poder de polícia no direito administrativo, nas restrições administrativas impostas pela Administração Pública aos direitos individuais. O objetivo do presente estudo é compreender as complexidades desse poder, seus limites, fundamentos e as implicações jurídicas de sua atuação, sempre na forma de assegurar o interesse público e promover o bem-estar coletivo.

Dessa forma, o poder de polícia, no contexto do direito administrativo, aparece como um instrumento substancial para a Administração Pública a promoção da ordem pública, da segurança, da saúde e da proteção de outros bens essenciais para a sociedade. Embora denominado “discricionário”, é preciso entender esse poder não como uma liberdade absoluta de atuação do estado, mas como um dever da Administração, que deve exercer sua função dentro dos parâmetros legais, com a responsabilidade de igualar os direitos individuais e coletivos.

O exercício do poder de polícia, mesmo quando envolve a imposição de restrições e sanções, deve ser sempre pautado por princípios fundamentais do direito administrativo, tais como a legalidade, a proporcionalidade, a moralidade e a finalidade pública. A discricionariedade atribuída à Administração no exercício desse poder não implica em uma liberdade irrestrita, mas sim em uma margem de escolha que deve ser orientada pela necessidade de se atender ao interesse público. Cada ato da Administração deve ser devidamente justificado, adequado e necessário para atingir o fim legítimo pretendido, sem ultrapassar os limites da razoabilidade.

Neste cenário, a intervenção do Estado não pode exceder os limites da razoabilidade, devendo ser equilibrada de maneira a respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, como a liberdade e a propriedade. O controle judicial sobre os atos administrativos, especialmente aqueles que implicam na limitação de direitos, torna-se, essencial para a proteção dos indivíduos contra possíveis abusos

de poder. A revisão judicial da atuação do poder público permite um melhor controle das ações estatais, assegurando que a intervenção estatal não seja arbitrária, excessiva ou desprovida de proteção jurídica.

Em suma, é imprescindível que o exercício do poder de polícia seja fundamentado na legalidade e orientado pela busca do bem coletivo da sociedade, levando sempre em consideração os direitos individuais. Diante disso, as restrições pela Administração Pública devem ser proporcionais ao objetivo que se busca alcançar, ocorrendo de maneira eficiente e com o mínimo de danos aos direitos dos cidadãos e da sociedade. O equilíbrio entre o interesse público e os direitos individuais é, assim, a base para a construção de um Estado justo e democrático, que respeita as liberdades fundamentais e assegura a ordem pública conforme os princípios e as garantias estabelecidas pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMBITO JURÍDICO. **Poder de polícia**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/poder-de-policia/#:~:text=O%20fundamento%20do%20poder%20de,entrosados%20com%20a%20utilidade%20coletiva>. Acesso em: 10 nov. 2024.

AMBITO JURÍDICO. **Poder de polícia e o abuso de poder**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/poder-de-policia-e-o-abuso-de-poder/#:~:text=A%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica%2C%20na%20destreza,no%20%C3%A2mbito%20jur%C3%ADico%20do%20assunto>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BINENBOJM, G. **Ainda a supremacia do interesse público**. Revista Eletrônica da PGE-RJ, Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/68>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 dez. 2024.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 dez. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

CRETELLA, José. **Polícia e poder de polícia**. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, 2011.

CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. **Poder de polícia: Discricionariedade e limites.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/poder-de-policia-discricionariedade-e-limites/>. Acesso em: 07 nov. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Fundamentos da discricionariedade administrativa.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/86-fundamentos-da-discricionariedade-administrativa-capitulo-7-discricionariedade-e-vinculacao/1510686174>. Acesso em: 10 nov. 2024.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Tributário. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/282/edicao-1/poder-discricionario>. Acesso em: 10 nov. 2024.

LAZZARINI, Álvaro. **Abuso de poder x poder de polícia.** Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46688/46647>. Acesso em: 02 nov. 2024.

LIMA, Amanda Oliveira; ARAÚJO, Kiara Chaves; GOMES, Sebastião Edilson Rodrigues. **Intervenção do Estado na função social da propriedade.** Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, 2023.

MAIA, Juliana. **Parcerias público-privadas: limites à realização da concessão administrativa para construção e administração**

de presídios no Brasil. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/84982?mode=full>. Acesso em: 07 nov. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MILL, J. S. **Sobre a Liberdade**. Petrópolis: Vozes, 2019.

NETO, Pedro Alves Costa; ROCHA, Filipe Vieira. **A constitucionalidade da delegabilidade da sanção de polícia administrativa à luz da legislação pátria e do entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito & Dialogicidade, 2021.

NASCIMENTO, Henrique Lourenço do. **Os limites à discricionariedade no exercício do poder de polícia sob a ótica da jurisprudência**. 2016. Monografia apresentada à Universidade de Caruaru. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/308/1/Monografia%20Definitiva.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2024.

ROSA, Íris Vânia Santos. **Poder Discricionário**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/282/edicao-1/poder-discricionario>. Acesso em: 24 dez. 2024.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Viviane Vieira da. **A omissão no poder de polícia**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

*Matheus Soares da Costa*⁶⁰

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁶¹

Resumo: A teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, divide as funções estatais em Legislativo, Executivo e Judiciário, com o objetivo de evitar a concentração de poder e promover o equilíbrio institucional. Essa divisão, prevista na Constituição Federal de 1988, garante a autonomia e independência entre os poderes, utilizando mecanismos de freios e contrapesos para prevenir abusos. O ativismo judicial, por sua vez, é uma resposta às omissões do Legislativo em questões essenciais, como direitos fundamentais, mas levanta debates sobre os limites do Judiciário em relação à sua função original. Assim, para suprir essas lacunas, o controle de constitucionalidade é utilizado pelos legitimados diretamente ao STF (concentrado) ou nos casos concretos feito pelos magistrados de piso, tribunais *a quo* e *ad quem* (difuso). No âmbito do Executivo, a intervenção judicial ocorre em situações de inércia ou falhas na implementação de políticas públicas, especialmente quando há violação de direitos fundamentais, como saúde e educação. Essa atuação pode envolver processos estruturais, que buscam reformas institucionais duradouras para corrigir problemas complexos e persistentes. O conceito de Estado de coisas inconstitucional, reconhecido pelo STF na ADPF 347, foi

60 Graduando em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (Unieuro). Assessor na Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

61 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia..

aplicado ao sistema penitenciário brasileiro, destacando a gravidade de violações sistemáticas e exigindo ações estruturais do Judiciário para promover mudanças abrangentes. Esses instrumentos refletem a importância das funções atípicas, garantindo que o Judiciário possa atuar de forma excepcional para assegurar direitos e corrigir falhas estruturais, sempre em respeito ao equilíbrio entre os poderes.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Intervenção; Omissão; Processo Estrutural.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade completamente politizada, os valores constitucionais e o direito em geral acaba sendo enfraquecido por conta de uma “guerra civil” e extremismo político de dois ideias, de forma que os interesses e bem-estar da coletividade cedem espaço para os interesses de apenas um dos lados dois lados (ora esquerda, ora direita), afastando-se os ideias e princípios constitucionais, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Destarte, o objetivo geral deste artigo é uma análise da teoria da separação dos poderes e o papel do poder judiciário frente as falhas, omissões e fracassos dos demais poderes. Assim, 4 pontos específicos serão utilizados para se alcançar o objetivo principal: o estudo da teoria da separação dos poderes, o seu contexto e como funciona o sistema de repartição entre os 3 poderes; as falhas e omissões do poder legislativo e as respostas disponíveis pela Constituição Federal para tais ações; as falhas e omissões do poder executivo e respostas a tais atos; e, por fim, o fracasso do poder executivo, resultando como solução o processo estrutural a tamanho desastre.

Em consequência disso, a problemática ora exposta se baseia na seguinte pergunta: É possível a intervenção do poder judiciário na esfera dos demais poderes de forma constitucional? Logo, para se alcançar a resposta de tal indagação, será utilizado o método de pesquisa bibliográfico, visto análises de leis, doutrinas e jurisprudências

para se corroborar as conclusões ao final, contribuindo assim com esclarecimentos e novos conhecimentos da temática.

Ademais, esta obra científica é valiosa visto a necessidade de compreensão das atribuições que o poder constituinte concedeu a ambos os poderes, e, em que pese a harmonia, independência e autonomia, suas funções atípicas ganham destaque como uma forma de resposta as falhas, omissões e fracassos dos demais poderes, não deixando aqueles titulares de direitos desamparados e em estado de esvaziamento de suas pretensões.

Além disso, o presente artigo justifica-se devido a ampla discussão no campo da sociedade acerca da usurpação de competência e intervenção inconstitucional do poder judiciário dos demais poderes.

Portanto, através dos estudos da teoria da separação dos poderes, ativismo judicial, controle de constitucionalidade, Tema 698, processo estrutural e ADPF 347, o presente artigo analisará como e quando a intervenção do poder judiciário é constitucionalmente possível.

1. DA HARMONIA, AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA: TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao decorrer do tempo, houve diversos períodos e momentos em que o poder ficou concentrado nas mãos de um único soberano, retendo este todo o poder para si, sem qualquer possibilidade de limitação e divisão dele.

Na antiguidade, passou-se por dois regimes, a monarquia teocrática – como no Antigo Egito, em que o faraó era considerado uma divindade na terra, sendo uma autoridade política e religiosa – e a monarquia imperialista – é o caso do império napoleônico e império britânico, caracterizada pela expansão territorial, conquistando e colonizando-se novos territórios. Já na idade média, o regime era o feudalismo, caracterizado pela descentralização do poder, dividido entre clero, nobreza e servos, estando o rei no topo da nobreza, dividindo poder com os senhores feudais.

Por outro lado, na idade moderna, o regime era a monarquia absolutista, como no caso da França de Luís XIV, onde o rei detinha o poder absoluto, governando sem quaisquer limites impostos por leis, enquanto que, no século XX, estava presente o totalitarismo, caracterizado pela concentração de todo o poder e sob o controle de um viés ideológico de uma sociedade, como na Alemanha nazista de Adolf Hitler.

Destarte, diante das práticas abusivas desses soberanos, sobreveio uma resposta a tais condutas: a separação dos poderes, garantindo a liberdade individual e evitando os abusos de poder, dividindo o poder em três: legislativo, judiciário e executivo, ambos autônomos, independentes e harmônicos entre si, todavia, adotando-se um sistema de freios e contrapesos para que ambos pudessem fiscalizar um ao outro.

Portanto, a partir das bases teóricas de Aristóteles, a teoria da tripartição dos poderes exposta por Montesquieu, começou a ser adotada por grande parte dos Estados modernos, ficando consignado a cada órgão do poder exercer uma função típica e outra atípica, tendo-se por ausente qualquer possível violação ao princípio da separação, ante previsão expressa no texto maior para tal prática (LENZA, 2024, p. 514)

Logo, conforme tabela ilustrada por Lenza (2024, p. 514 e 515), cada poder pode exercer sua função principal (típica) e secundária (atípica) da seguinte forma:

	Função típica	Função atípica
Legislativo	Legislar; Fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo.	Natureza executiva: ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores etc. Natureza jurisdicional: o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF).

Executivo	Prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração	Natureza legislativa: o Presidente da República, por exemplo, adota medida provisória, com força de lei. Natureza jurisdicional: o Executivo julga, apreciando defesas e recursos administrativos.
Judiciário	Julgar (<i>função jurisdicional</i>), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei.	Natureza legislativa: regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, "a", CF) Natureza executiva: administra, v.g., ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários (art. 96, I, "f", CF)

Além disso, há outras formas de equilíbrio previstas na própria Constituição Federal/88, prevendo meios para prever e corrigir abusos de poder, como feito pelo Judiciário em sede de controle de constitucionalidade via concentrada ou difusa, declarando a inconstitucionalidade de leis e atos normativos dos demais poderes⁶², a possibilidade do poder Legislativo para realizar a o processo de impeachment para o chefe do Executivo e Ministros da Suprema Corte⁶³, e, ainda, pode o Executivo vetar leis aprovadas pelo poder Legislativo se as considerar contrárias ao interesse público⁶⁴, garantindo-se assim, a autonomia e independência dos poderes, todavia, de forma não absoluta.

Ademais, cumpre destacar ainda os princípios constitucionais, como a soberania popular, legalidade e isonomia que são responsáveis por oferecer a harmonia entre as instituições.

Logo, cada poder tem meios de fiscalizar e limitar o outro, assim, por exemplo, o poder legislativo elabora leis, todavia, o Executivo pode vetá-las e o Judiciário pode declara-las inconstitucionais. Já o Executivo

62 Art. 102, I, "a" e art. 102, III, "a", "b" e "c", todos da Constituição Federal/88; Lei nº 9.868/1999.

63 Arts. 85 e 86 em seus incisos e parágrafos, todos da Constituição Federal/88; Lei nº 1.079/1950.

64 Art. 66, *caput* e seus parágrafos, da Constituição Federal/88.

executa políticas públicas, mas o Legislativo aprova o orçamento e o Judiciário analisa a legalidade dessas ações.

Diante do exposto, o Min. Barroso (2024, p. 140) explica como funciona a divisão de funções e os controles recíprocos entre os órgãos:

[...] Na experiência brasileira, a doutrina mais autorizada extrai dessas ideias centrais dois corolários⁵⁶⁶: a especialização funcional e a necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em face dos demais. A especialização funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política⁵⁶⁷; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.

Pois bem. Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4º, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito diversamente, apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas.

Portanto, depreende-se que tais atitudes atípicas de cada órgão tem como função uma melhor gestão e organização dos órgãos, ao passo que garantem a flexibilização do poder, não necessitando depender unicamente de outros poderes e promovem uma autonomia institucional, podendo o órgão fazer adaptações as suas necessidades, de forma a fazer-se cumprir a promessa constitucional de um serviço público eficaz e eficiente.

A autonomia e harmonia entre os Poderes da República são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, consagrados no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Esses princípios garantem que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário possam exercer suas funções de maneira independente, mas coordenada, visando ao equilíbrio e à estabilidade institucional.

A autonomia de cada poder decorre da separação funcional estabelecida na Constituição, que confere a cada um deles competências específicas e exclusivas. Como destaca Silva (2020), “a independência entre os poderes não é apenas uma questão de separação, mas também um meio de preservar a democracia e evitar abusos”. Essa independência é crucial para que os poderes possam atuar livremente dentro de suas respectivas áreas de competência, sem interferências indevidas.

A harmonia entre os poderes, por sua vez, requer um relacionamento cooperativo, em que os conflitos sejam resolvidos de maneira institucional e respeitosa. Esse princípio está intrinsecamente ligado à ideia de checks and balances, ou freios e contrapesos, que permite a fiscalização mútua e evita a concentração excessiva de poder em um único órgão. Segundo Mendes, Coelho e Branco (2021), “a harmonia não significa subserviência, mas sim a existência de mecanismos que assegurem o equilíbrio institucional”.

Na prática, o princípio da harmonia enfrenta desafios, especialmente em contextos de crise política ou institucional. Conflitos entre os poderes podem surgir, por exemplo, na interpretação de normas constitucionais, na execução de políticas públicas ou na atuação dos órgãos de controle. Nessas situações, o respeito à

Constituição e aos limites institucionais de cada poder é essencial para garantir a resolução pacífica dos conflitos.

Além disso, a existência de um Judiciário forte e independente é indispensável para assegurar a observância desses princípios. Como observa Barroso (2018), “o Judiciário desempenha um papel mediador e pacificador, especialmente em momentos de tensão entre os demais poderes”. Contudo, essa independência deve ser exercida com parcimônia, para evitar um desequilíbrio que possa comprometer a harmonia entre os poderes.

Em síntese, a autonomia e a harmonia entre os poderes da República são pilares do sistema democrático brasileiro. A preservação desses princípios exige um compromisso coletivo com o respeito à Constituição e com a prática de um diálogo institucional baseado em cooperação e responsabilidade.

2. DAS FALHAS E OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO: ATIVISMO JUDICIAL

Ao se falar em fracasso do poder legislativo e executivo, tem-se a remissão as condutas ineficazes e omissivas destes quanto as suas principais funções: legislar e administrar. Logo, diante de tal postura, o próprio poder legislativo abre espaço para atuação do poder judiciário atuar, ante a prestativa jurisdicional que este deve prestar a quem o aciona, sendo tal atitude conhecida como ativismo judicial.

Ademais, tal tema não é novo e ao longo dos anos em virtude questões políticas de opositores, conforme explica o Min. Barroso (2024, p. 352) foi se projetando uma imagem negativa sobre o temática:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos⁵⁹⁹ e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969⁶⁰⁰. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a

inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais⁶⁰¹. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial⁶⁰². A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial⁶⁰³. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora⁶⁰⁴ –, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Dessa forma, a expressão nada mais é do que a atuação pelos julgadores do poder judiciário de trazer soluções criativas, inovadoras e adequadas aos casos concretos em particular, formando-se precedentes judiciais, os quais serviram como um meio prévio à uma futura legislação. Todavia, conforme supra explicação, existem críticas ao sistema, contudo, não ao ponto de invalidar e depreciar o papel feito pelo poder judiciário, mas se devem ser observadas e ponderadas.

Assim, destaca-se aqui as três principais concepções críticas ao sistema do ativismo judicial, quais sendo-as:

Crítica político-ideológica: Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de

as instâncias judiciais sobreponem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado *dificuldade contramajoritária*⁶⁰⁷. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais⁶⁰⁸. Ao lado dessas, há, igualmente, críticas de cunho ideológico, que veem no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária⁶⁰⁹. (BARROSO, 2024, p. 354)

Crítica quanto à capacidade institucional: Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica⁶¹⁰, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos⁶¹¹. *Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico⁶¹². Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça⁶¹³,

sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público⁶¹⁴. (BARROSO, 2024, p. 354)

Crítica quanto à limitação do debate: O mundo do Direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica⁶¹⁵. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais⁶¹⁶. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão⁶¹⁷. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes⁶¹⁸. (BARROSO, 2024, p. 355)

Além disso, nos casos em que não existam ou estejam em perigo os direitos fundamentais e o processo democrático, o poder judiciário deve observar as escolhas do poder legislativo, visto não ser especialista em todas as situações ao qual se depara, devendo respeitar e abraçar o exercício ponderado da discricionariedade do administrador, privando-se dos seus próprios juízos de valores políticos. Logo, tal observância vale-se não apenas em virtude da legitimidade dos demais poderes, mas também de sua capacidade e autonomia, bem como não possuir

a possibilidade de controlar decisões individuais. (BARROSO, 2024, p. 355)

Portanto, uma atuação ativa e reiterada do judiciário é reflexo das falhas e inércias do próprio legislativo, deixando para a corte nos casos concretos, resolver e prestar a devida tutela garantida constitucionalmente, criando assim precedentes e formando entendimentos até ulterior legislação e posicionamento dos deputados e senadores federais, de forma que, tal entendimento adotado pela Corte possa ser superado através da edição de lei.

2.1 RESPOSTAS AS OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO

Conforme exposto no tópico passado, as falhas dos poderes legislativos e executivos não obstam entraves para atuação do poder judiciário prestar a devida tutela dos direitos constitucionalmente assegurados a todos.

Logo, tal atitude ocorre através de provocação ao jurisdicionado mediante ferramentas criadas pela própria Constituição Federal, objetivando não deixar os detentores do direito violado por inércia e/ou falhas daqueles que são responsáveis por concretizar e tornar reais tais direitos, sendo a primeira delas é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) via controle concentrado, sendo mais restrita seu acesso, podendo ser maneja apenas por seus legitimados⁶⁵.

Desse modo, Lênio Streck afirma que:

A inconstitucionalidade por omissão tem a função de compelir o Poder Executivo e instar o legislador a fazer aquilo que, embora estipulado no texto da Constituição, não deseja fazer, de forma total ou parcial. A inconstitucionalidade por omissão

65 Art. 103, *caput* e incisos da Constituição Federal e Art. 12-A da Lei n° 9.868/99.

visa proteger a força normativa da Constituição, estabelecendo barreiras contra um não atuar que, sendo produto de uma decisão política, tem consequências jurídicas a inconstitucionalidade. (STRECK, 2019, p. 518)

Ainda, o Min. Barroso (2024, p. 339) explica que a tal ação, pode-se ser dado duas respostas diferentes, a depender a quem ela é direcionada, quem é a parte que figura no polo passivo:

Por objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve-se entender, em primeiro lugar, o tipo de providência que o autor pode postular. Pela literalidade da previsão do art. 103, § 2º, são duas as possibilidades. Se o sujeito passivo na ação for um dos Poderes, o pedido estaria limitado a que lhe seja dada ciência da ocorrência da omissão inconstitucional, para a adoção das providências necessárias. Embora o STF já tenha admitido a fixação de prazo, ressaltou que se tratava de mera indicação, sem estabelecer consequências para o caso de eventual descumprimento⁸⁵⁹. Por outro lado, sendo a omissão imputável a um órgão administrativo, a decisão terá caráter de uma verdadeira ordem, cabendo a ele adotar as providências necessárias no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização⁸⁶⁰.

Destarte, para ilustrar de forma prática a aplicação da ferramenta constitucional, destaque-se a ADO 3.682/MT, em que o Poder Judiciário determinou ao Poder Legislativo do Estado do Mato Grosso a editar lei complementar para atender ao comando do art. 18, §4º da Carta Maior⁶⁶, para que os Municípios de seu Estado pudessem dispor de

66 Art. 18 [...] § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às

emancipação e constituição de novo municípios, ficando consignado na ementa, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 1 B, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.

4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, afim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (Grifo nosso)

(STF, ADO 3.682, Tribunal Pleno, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, Dje 06.09.2007)

Ademais, a segunda ferramenta é o Mandado de Injunção (MI) que, diferentemente da ADO, pode ser manejo por qualquer cidadão para concretizar seus direitos, para afastar a inércia ilegítima do poder público por meio do controle difuso.

Dessa forma, o Min. Barroso (2024, p. 195) ao discorrer sobre o objeto de tal mecanismo, faz críticas a seguinte crítica:

A determinação do objeto do mandado de injunção tem sido uma das questões mais tormentosas na matéria. Há dissensão entre alguns autores, mas,

sobretudo, uma grande oposição entre o que pensa a maior parte da doutrina e a jurisprudência que se formou no âmbito do Supremo Tribunal Federal e que inspirou o teor da Lei n. 13.300/2016. A discordância reside, sobretudo, em estabelecer se o mandado de injunção se destina a possibilitar o suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente.

Já houve quem sustentasse que o mandado de injunção cumula as duas finalidades alvitadas acima⁴⁵¹. Assim, na apreciação do writ, poderia o órgão julgador: (i) determinar à autoridade ou órgão competente a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional; ou (ii) julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito postulado e suprimindo a lacuna legal. Sem embargo da respeitabilidade de uma e outra opiniões, somente a segunda proposição parece acertada. É que não se ajusta aos lindes do instituto a ideia de determinar a quem quer que seja que expeça um ato normativo. Tal objeto — e, assim mesmo, com o caráter de mera ciência — aproxima-se mais da tutela a ser prestada na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º)⁴⁵².

[...]

A despeito das inúmeras vezes em tal sentido, o fato é que a Lei n. 13.300/2016 optou por determinar que o objeto da injunção deve ser o estabelecimento de prazo razoável para que a autoridade omissa edite a norma faltante (art. 8º, I). Apenas depois de exaurido o prazo, poderá o Supremo Tribunal Federal fazê-lo (art. 8º, II)⁴⁵⁵. É surpreendente que, passados tantos anos, ainda se cogite de assinar prazo ao Legislativo, em lugar de simplesmente autorizar os tribunais a viabilizar a efetivação de direitos cujo exercício foi frustrado pela prolongada inação do legislador.

Assim, o exemplo clássico prático de aplicação de tal ferramenta é o Mandado de Injunção 670-9-ES, tratando-se da aplicação análoga da lei 7.783/89 (Lei de greve dos celetistas do setor privado) aos servidores públicos ante ausência de norma infraconstitucional pelo legislativo prevista expressamente no art. 37, VII da Constituição Federal⁶⁷, conforme trechos destacados da seguinte ementa:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5 2 , INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART, 37, INCISO VII), EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA, MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nº 7.701/1988 E 7.783/1989.

[...]

2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI nº 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei nº 7.783/1989).

[...]

⁶⁷ Art. 37 [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

3. 3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2^ª).

[...]

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, é especificamente delineada nos arts. 9 a 11 da Lei n^o 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9^o, 3 caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9^o, §1^o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer

direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

[...]

6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nº 7. 701/1988 e 7. 783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

(STF, MI 670-9, Tribunal Pleno, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, DJe 30.10.2008) – Grifo nosso

Portanto, do ponto de vista do poder judiciário, resta consignado a possibilidade de sua atuação nos demais poderes, fazendo cessar a letargia e concretização dos direitos buscados de forma constitucional sem violar, necessariamente, a separação dos poderes.

3. DAS FALHAS E OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO: INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Conforme discorrido nos tópicos passados, em que pese cada poder ter sua função principal, é possível a atuação de um órgão utilizando-se dos demais poderes, de forma secundária, a complementar as suas funções primordiais sem violar, necessariamente, o princípio da separação dos poderes, porquanto os próprios mecanismos previstos pela Carta Maior para a fiscalização entre eles.

Com isso, a temática ganha grande força e debate nos dias atuais, sobretudo em contexto estritamente político, indagando-se a legalidade e os limites da atuação dos órgãos públicos, tendo-se como afirmações a usurpação de um poder pelo outro, como a interferência nos demais poderes por atuação fora do seu âmbito.

Logo, a discussão foi levada a Suprema Corte, que reconheceu a repercussão geral no tema 698, do Recurso Extraordinário 684.612/RJ, em que se discutia naquela oportunidade a possibilidade de intervenção do poder judiciário em políticas públicas.

O caso em questão tratava-se de ação civil pública ajuíza pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município do Estado do Rio de Janeiro, porquanto as péssimas condições de estrutura e atendimento de seu hospital municipal.

Em seu pleito, pugnou pela abertura de concurso público para o provimento de cargos vagos na área da saúde, a fim de suprir o déficit de pessoal apontado; que os servidores aprovados nesse concurso fossem lotados, especificamente, no hospital do município ora recorrido; que fossem sanadas, pela administração municipal, todas as irregularidades apontadas com relação ao referido hospital conforme relatório elaborado pelo Conselho Regional de Medicina daquele local.

Em sentença, foi julgado improcedente o pedido sob o argumento das limitações impostas à sindicabilidade jurisdicional de políticas públicas, frente ao princípio da separação dos poderes. Todavia, em grau de recurso, foi reformada a sentença, obrigando o Município

ao suprimento do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela direção do hospital, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, no prazo de 6 meses, sob pena de multa diária.

Após interposição de Recurso Extraordinário do Município ao Supremo Tribunal Federal, o Min. Rel. Ricardo Lewandowski, negou-lhe provimento, sob o argumento de que

[...] a proteção constitucional do direito à saúde e, por conseguinte, do direito à vida, exige que sejam assegurados concomitantemente a higidez do SUS e o seu financiamento adequado, seja pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, seja pelo viés do dever de gasto mínimo no setor. (STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Ainda, explica que em voto vencido que:

[...] justamente pela inequívocidade da diretriz constitucional, bem como por força da incidência dos postulados da dignidade da pessoa humana e da inafastabilidade da jurisdição, não há óbice de nenhum tipo – nem ofensa a nenhum princípio constitucional, tal como o da separação de poderes – ao pleno conhecimento do pedido. (STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Ademais, sobre a intervenção do judiciário e violação a separação do poderes, merece destaque o trecho de seu voto em que usa suas próprias ponderações feitas na Repercussão Geral 220, *in verbis*:

[...]

Assim, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, penso que não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

[...]

Nesse contexto, não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes. (...)

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo

margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema. Sim, porque, como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se *se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.* (...)

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete *impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada.*

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana”. (STF, RE 592.581/RS, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015, DJe 29.01.2016)

Contudo, em contrapartida, o Min. Alexandre de Moraes abriu divergência, dando provimento ao recurso, sob o fundamento de que:

[...] O Poder Judiciário não estar autorizado a formular políticas públicas, mas pode e deve determinar o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes, quando há inescusável desatendimento a direito fundamental.

(STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Logo, os direitos negligenciados legitima a atuação do Poder Judiciário ao determinar à Administração a realização das providências indispensáveis para concretizá-los, e assim, segundo o Ministro:

[...] efetivamente, em geral, a jurisprudência mostra-se mais tolerante em relação a pedidos que demandem o fornecimento de bens materiais ou à realização de obras ou reparos em equipamentos públicos, entretanto, não é tão firme a posição desta CORTE quando, além de determinar o fornecimento de bens ou a realização de serviços de preservação de próprios públicos, o Judiciário chega ao ponto de atuar na disposição de servidores públicos, ora impondo seu recrutamento, ora sua realocação. (STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Em outras palavras, simplifica o Ministro ao explicar que:

[...]
A jurisprudência se mostra mais receptiva à atuação do Judiciário ao determinar providências cuja efetivação se perfaz pelo fornecimento de bens materiais: disponibilização de medicamentos, construção e reparação de equipamentos públicos, realização de obras para prevenir danos ao meio ambiente, entre outros”, porém, “a mobilização de recursos humanos, notadamente por meio do recrutamento e alocação de servidores públicos, não se mostra consensual no Tribunal, conforme demonstrado supra por precedentes dissonantes no tocante à necessidade de preenchimento de carências de delegado de polícia e de defensores públicos. (STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Logo, o entendimento do Ministro é de ser legítima e válida a intervenção do Poder Judiciário em questões de políticas públicas de maneira excepcional, desde que fique claramente demonstrada a omissão do administrador em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente quando se verifica o reiterado descumprimento de uma política pública já existente, todavia, faz ressalvas e limitações no sentido de que:

[...] no âmbito do mérito administrativo, cabe ao administrador público o exercício de sua conveniência e oportunidade”, e, ainda conclui seu voto no caso concreto com a narrativa que “não cabe ao Poder Judiciário atuar em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática de ato administrativo discricionário, determinando a realização de concurso público para a contratação de servidores públicos ou a implementação outras medidas administrativas em hospitais da rede pública, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, bem como das regras orçamentárias.

(STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Não obstante, o Min. Luís Roberto Barroso deu parcial provimento ao recurso, tem seu voto como vencedor por maioria. Em suas ponderações acerca da temática, observou ser importante:

[...] A construção de parâmetros para permitir uma atuação efetiva e organizada do Poder Judiciário, com vistas à concretização de direitos fundamentais, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador para a definição e implementação de políticas públicas”.

(STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Destarte, destacou o Ministro Barroso alguns parâmetros para uma intervenção adequada, sem extrapolar os limites que se espera entre os poderes conforme trechos de seu voto:

[...]

Em *primeiro lugar*, é necessário que esteja devidamente comprovada nos autos a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público. De fato, quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprem seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estará autorizado a servir de alerta para que estes exerçam suas atribuições. Falhas estruturais geradas pelo vazio ou pela inefetividade de políticas públicas para o atendimento de determinado direito fundamental fazem com que a atuação do Judiciário seja necessária, em especial se estiver em jogo o mínimo existencial.

Assim, diante de um Poder Executivo omissivo, é necessária uma intervenção judicial para “retirar as autoridades públicas do estado de letargia”, como bem pontuou esta Corte na medida cautelar da ADPF 347, que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, em razão da violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro. Em síntese, é obrigação dos Poderes Públicos fornecerem políticas públicas de qualidade. Mesmo diante de uma escassez de recursos, os direitos fundamentais não podem ser ignorados, cabendo ao Estado oferecer condições mínimas para a efetivação desses direitos em nome da dignidade humana. Frente a omissões reiteradas do Executivo e Legislativo, pode o Judiciário ser chamado

na tentativa de corrigir violações constantes ao texto constitucional.

Em *segundo lugar*, no atendimento dos pedidos formulados pelo autor da demanda, deve-se observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes¹. De fato, os recursos públicos são finitos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a tomada de decisões difíceis. Nesse contexto, decisões judiciais casuísticas, que determinam a adoção de diversas melhorias em hospital específico e se distanciam de uma visão sistêmica sobre a matéria acabam por contribuir para a desorganização da Administração Pública, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão e impedindo a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Assim, o órgão julgador deverá questionar se é razoável e faticamente viável que aquela obrigação seja universalizada pelo ente público devedor. Na hipótese em análise, caberia ao Tribunal de Justiça local examinar se seria possível ao Município do Rio de Janeiro implementar as obrigações impostas também em outras unidades de saúde que estejam em condição similar à do Hospital Salgado Filho.

Em *terceiro lugar*, entendo que cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada. Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. Trata-se de um modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo².

[...]

Em *quarto lugar*, anoto que uma das principais críticas à atuação judicial na implementação de política pública diz respeito à ausência de expertise e capacidade institucional. Essa ideia se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. Para atenuar esse problema, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual.

No caso em análise, por exemplo, a inicial da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro fundamenta-se em relatórios das inspeções realizadas pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro – SINDMED e pelo CREMERJ.

Em *quinto lugar*, sempre que possível, o órgão julgador deverá abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de *amici curiae* e designação de audiências públicas, permitindo a oitiva não apenas dos destinatários da ordem, mas também de outras instituições e entidades da sociedade civil. Tais providências contribuem não apenas para a legitimidade democrática da ordem judicial como auxiliam a tomada de decisões, pois permitem que o órgão julgador seja informado por diferentes pontos de vista sobre determinada matéria, contribuindo para uma visão global do problema. Além disso, uma construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de determinações que ele próprio ajudou a construir.

(STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Continua, ainda, seu posicionamento no sentido de que:

[...]

“não pode o Poder Judiciário substituir a vontade do administrador público e privilegiar determinada forma de contratação de pessoal ou de gestão dos serviços públicos de saúde”. [...] O órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito. Para atingir o “estado de coisas ideal” – o resultado a ser alcançado –, o Judiciário deverá identificar o problema estrutural. Caberá à Administração Pública apresentar um plano adequado que estabeleça o programa ou projeto de reestruturação a ser seguido, com o respectivo cronograma. A avaliação e fiscalização das providências a serem adotadas podem ser realizadas diretamente pelo Judiciário ou por órgão delegado. Deve-se prestigiar a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis”.

(STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Portanto, conclui seu voto do caso concreto da obrigação ou não da criação de concurso para efetivação de servidores para o Hospital do Município da seguinte maneira:

[...]

No caso em análise, o acórdão recorrido reconheceu a omissão específica do Município do Rio de Janeiro no cumprimento de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde, em razão das precárias condições do Hospital Municipal Salgado Filho. Esses elementos probatórios não podem ser revistos neste momento processual, em razão do óbice da Súmula 279. Nesse cenário, a intervenção do Poder Judiciário visa a garantir o mínimo existencial relativo ao direito à

saúde, intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana.

No entanto, as providências determinadas pelo Tribunal local não se alinham aos parâmetros de atuação aqui propostos, uma vez que não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Em lugar disso, interferem fortemente no mérito administrativo ao determinar, por exemplo, a contratação de pessoal via concurso público e a sua lotação em determinado hospital da rede municipal de saúde.

Além disso, vale lembrar que a ação foi proposta em abril de 2003 e o acórdão recorrido proferido em maio de 2006. Portanto, é necessário examinar se, quase 20 (vinte) anos depois, as irregularidades indicadas na inicial e as medidas determinadas pelo acórdão recorrido ainda atendem à atual realidade do Hospital Salgado Filho.

Diante do exposto, voto no sentido de **dar parcial provimento ao recurso extraordinário** para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

(STF, RE 684.612/RJ, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 03.07.2023, DJe 04.08.2023)

Diante de todo exposto, percebe-se que a Suprema Corte prestigia a intervenção em outro poder de maneira excepcional conforme ressalvas feitas, todavia, não na criação da política pública, mas na fomentação e na obrigação de fazer, para se ver sendo cumprido e implementado aqueles direitos constitucionalmente assegurados.

4. DO FRACASSO DO PODER EXECUTIVO: PROCESSO ESTRUTURAL

Embora criar mecanismos e ferramentas para sanar falhas e omissões dos demais poderes levadas ao Poder Judiciário, não deixando à mercê os direitos por ela emanado exclusivamente dependentes dos poderes, dando ao lesado certo poder para ver aqueles resguardados, a Constituição Federal não previu o fracasso das instituições e órgãos públicos, isto é, como se verá a seguir, uma violação massiva dos direitos humanos em que, não há apenas um culpado e decisões simples, surgindo assim uma nova ferramenta como resposta para sanar tal situação: o processo estrutural.

Logo, o presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Herman Benjamin em suas palavras sobre a temática no Seminário Internacional “Litígios estruturais: avanços e desafios” explica que:

[...] o processo é estrutural porque ele quer pegar a norma e aplicar a norma não para resolver um litígio individual, mas para resolver a problemática”, destacando que a decisão tem caráter de “transformação da realidade”, todavia, atentando-se a manter os pés firmes no chão e não gerar falsas expectativas de resolver todos os problemas no Brasil, mas “Podemos mitigar as violações mais graves da Constituição e das leis (BENJAMIN, 2024).

Tal temática tem suas origens no caso *Brown vs Board of Education*⁶⁸ nos Estados Unidos, citando-se também *Holt vs Sarver*⁶⁹

68 O julgado reuniu um conjunto de casos que questionavam a constitucionalidade da separação entre brancos e negros nas escolas, ao argumento de que a medida implicava violação dos direitos dos negros à igualdade. A decisão reconheceu a inconstitucionalidade da segregação, mas seu cumprimento ocorreu de forma progressiva, por meio da concretização de uma série de medidas e ordens judiciais, e também da aprovação de normas no âmbito político.

69 O Poder Judiciário norte americano impulsionou uma ampla reforma do sistema prisional do país, controlando a superlotação e melhorando as condições de privação

daquela jurisdição, enquanto que na experiência da Sul-americana, destaque-se a decisão da Corte Constitucional da Colômbia⁷⁰.

Assim, o Prof. Edilson Vitorelli define processo estrutural – *Structural litigation* como sendo um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural (VITORELLI, 2024, p. 74).

Portanto, o processo estrutural surge como uma alternativa não apenas para se concretizar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, mas modificar e/ou (re)estruturar todo o sistema de uma instituição pública ou privada, de forma a se corrigir um problema enraizado, para que ao longo do tempo, o problema não retorne e seja completamente sanado.

4.1 DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS NA ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

O conceito de “Estado de Coisas Inconstitucionais” (ECI) surge como uma doutrina desenvolvida para lidar com situações de violação sistemática e generalizada de direitos fundamentais, em que a omissão ou a incapacidade do Estado em solucionar tais problemas perpetua cenários de inconstitucionalidade. Trata-se de um mecanismo excepcional, reconhecido pela primeira vez na Colômbia e que, posteriormente, foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro em decisões marcantes do Supremo Tribunal Federal (STF).

A primeira aplicação do conceito ocorreu na Colômbia, com a Corte Constitucional, em 1997, no caso relativo à situação dos presos

da liberdade. A implementação das decisões proferidas em tais litígios, também de forma progressiva, implicou uma ampla intervenção do Poder Judiciário na gestão das prisões, definindo-se condições mínimas essenciais, como espaço das instalações, alimentação, acesso à saúde, trabalho e educação.

70 O caso da população deslocada de suas terra originárias em razão dos conflitos e guerras (T-025/2004).

no país. A Corte declarou o sistema prisional colombiano como um “Estado de Coisas Inconstitucionais” devido às condições degradantes e desumanas enfrentadas pelos detentos, que violavam direitos fundamentais em larga escala (PULIDO, 2009). Segundo essa doutrina, é necessário que haja violações maciças de direitos e uma incapacidade estrutural do Estado em solucioná-las.

As principais características do ECI são:

Violação massiva de direitos fundamentais: A situação envolve uma grande quantidade de pessoas sendo afetadas por condições que infringem direitos constitucionais.

Persistência estrutural: A violação decorre de problemas estruturais que demandam soluções amplas e coordenadas.

Ineficácia das políticas públicas: O Estado demonstra incapacidade ou omissão em resolver a situação por meio das políticas públicas existentes.

Necessidade de intervenção judicial ampliada: Em razão da gravidade e da persistência das violações, o Poder Judiciário assume um papel mais ativo na coordenação de soluções.

O processo estrutural ganha espaço e inicia sua jornada no Brasil através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 pelo Superior Tribunal Federal, o caso em questão discutia a situação e condições dos presídios em todos os Estados da federação, sustentando o requerente a situação degradante e desumana dentro das cadeias em âmbito nacional.

Nesse sentido, o Min. Relator Marco Aurélio fez as seguintes constatações do caso concreto, demonstrando as violações da situação deplorável dos presídios conforme trechos de seu voto, *in verbis*:

[...]

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida impréstatível, falta de água

potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

[...]

Consta, na representação da Clínica UERJ Direitos, que, nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, “dentro” das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres. Muitas vezes, precisam se revezar para dormir.

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.

Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios,

violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.

Quanto aos grupos vulneráveis, há relatos de travestis sendo forçados à prostituição. Esses casos revelam a ausência de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade.

O sistema como um todo surge com número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições. O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.

(STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Além disso, o Min. Marco Aurélio ressaltou e ponderou a seguinte reflexão dos motivos pelos quais deve-se dar atenção ao quadro fático desumano dos presidiários:

[...]

Importa destacar que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Segundo as palavras da professora Ana Paula de Barcellos, “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência” (BARCELLOS, Ana Paula de.

Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]).

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.

(STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Em seu voto vencedor, o redator do acórdão, o Min. Luís Roberto Barroso, explicou que os processos estruturais

[...]

“têm por objeto uma falha crônica no funcionamento das instituições estatais, que causa ou perpetua a violação a direitos fundamentais. A sua solução geralmente envolve a necessidade de reformulação de políticas públicas”.

(STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Ademais, o Ministro traz em seu voto como referência a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, visto à semelhança do que ocorre no Brasil, que reconhece como elementos do estado de coisas inconstitucionais (ECI):

[...]

(i) a ocorrência de uma violação massiva a direitos fundamentais; (ii) a omissão persistente das autoridades no enfrentamento de tal violação; (iii) a necessidade de intervenção de diversas entidades e autoridades para solucionar o problema; (iv) o risco de sobrecarga jurisdicional caso as mesmas questões sejam levadas ao Judiciário por meio de litígios individuais.

(STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Já em seu voto, o Min. Zanin entendeu que o estado de coisas inconstitucionais:

[...]

é caracterizado pela violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

(STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Dessa forma, segundo o Ministro Barroso, recomenda-se que em:

[...]

em um primeiro momento, o Judiciário decida quanto à existência do estado de desconformidade e, de modo geral, à solução genérica para seu enfrentamento, definindo fins a serem alcançados. E, em uma segunda etapa, promova o diálogo entre autoridades, instituições e interessados, para que possam construir

conjuntamente a melhor solução e detalhar sua execução, à luz dos múltiplos interesses e perspectivas envolvidos. Nessa última etapa, o Judiciário deve, ainda, decidir questões sobre as quais não esteja sendo possível construir um consenso e monitorar a implementação da solução. Havendo recalcitrância, as cortes editam ordens específicas, destinadas a remover obstáculos e impor o cumprimento de providências determinadas”.

(STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Logo, no caso do supra julgado, o Min. Barroso destacou que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais se configurou conforme 3 eixos definidos por aquele da seguinte forma:

[...]

1) da superlotação e da má qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram um mínimo existencial (Eixo 1); 2) das entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade (Eixo 2); e 3) da permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido (Eixo 3).

(STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Além disso, ainda seu voto, trouxe como possíveis soluções para sanar “o mal pela raiz” e fazer uma verdadeira (re)estruturação nas políticas das instituições públicas, não apenas para tratar uma doença,

mas para curá-la totalmente, elencado nos três eixos já expostos acima a possíveis respostas:

[...]

(i) Observância dos fins e diretrizes gerais estabelecidos nesta decisão, quando da formulação dos planos nacional, estaduais e distrital (Item IV.1.4).
(ii) Submissão dos planos a diálogo interinstitucional e social (proporcional) e à homologação por parte do Supremo Tribunal Federal, devendo conter indicadores de avaliação, resultado e monitoramento, que mensurem a efetividade da intervenção estrutural e como os recursos do FUNPEN são investidos. O conteúdo dos planos deve incluir as diversas medidas examinadas acima, a saber:

Eixo 1 – Combate à superlotação carcerária e à má qualidade das vagas: criação de novas vagas, melhoria da infraestrutura e dos serviços a elas associados, realização de mutirões carcerários e progressão de regime nos prazos da LEP, mesmo em caso de omissão estatal, observados requisitos a serem detalhados nos referidos planos, aprovados pelo STF (Item 2.1.).

Eixo 2 – Controle dos ingressos no sistema prisional: por meio da realização preferencialmente presencial de audiências de custódia, da aplicação de medidas alternativas à prisão ou dever de declinar as razões pelas quais elas não são adotadas (com base nos arts. 310 e 282, §6º. CPP); medidas de incentivo à observância da jurisprudência do STF em matéria penal e processual penal e de mudança da cultura de hiperencarceramento (Item 2.2.).

Eixo 3 – Controle da saída do sistema prisional: com a implantação de sistema eletrônico unificado de acompanhamento da execução e de coleta de dados; mutirões carcerários; compensação pelo cumprimento de pena em regime mais gravoso; criação de central de gestão de vagas e adoção de planos de ressocialização, conforme detalhamento

que deve integrar os planos e ser aprovado pelo STF (Itens 2.3 e 3).

(ii) Previsão de monitoramento da execução pelo DMF/CNJ, com a supervisão do STF e observados os indicadores propostos, cabendo ao DMF e aos demais atores que atuam nesta ação provocar o STF, em caso de impasses ou de necessidade de medidas e providências específicas que se mostrem obstruídas. (STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Destarte, finaliza sua linha de raciocínio explicando que:

[...]

o pedido, como estruturado, é não apenas aquele mais apto a alcançar a melhor solução, segundo a experiência no tema, como é igualmente aquele que melhor legitima a atuação do STF na matéria. Isso porque atribui ao Tribunal o papel de promover o diálogo interinstitucional e social necessário à construção da solução e à definição dos meios adequados à superação do estado de coisas inconstitucional. Tal aspecto contribui para a superação de eventuais desconfortos quanto à legitimidade do Tribunal para atuar em matéria de políticas públicas, bem como eventuais alegações de falta de expertise ou de capacidade institucional para abordar questões administrativas.

(STF, ADPF 347-DF, Plenário, Min. Rel. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.10.2023, DJe 18.12.2023)

Além da ADPF 347, outros exemplos de aplicação do ECI podem ser observados em casos que envolvem situações de extrema vulnerabilidade. Um exemplo é a atuação do STF em relação à crise de saúde no sistema público e a situação de populações em situação de

rua. Em tais casos, a intervenção judicial busca não apenas remediar casos individuais, mas também promover mudanças estruturais.

Embora seja uma ferramenta importante para garantir direitos fundamentais, o conceito de ECI também enfrenta críticas. Uma das principais preocupações diz respeito à separação dos poderes, pois a intervenção judicial ampliada pode ser vista como uma usurpação de competências do Poder Executivo e do Legislativo. Como observa Silva (2020), “a ampliação do papel do Judiciário deve ser exercida com cautela, evitando-se o desequilíbrio institucional”.

Outra limitação está na dificuldade de implementação de soluções estruturais, que frequentemente demandam altos custos e mudanças profundas em políticas públicas. Além disso, a resistência de outros poderes pode comprometer a efetividade das medidas propostas.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais representa um importante avanço na proteção dos direitos fundamentais e no combate às desigualdades estruturais. Contudo, seu uso deve ser pautado pela responsabilidade e pelo respeito à separação dos poderes, garantindo que a intervenção judicial não comprometa a harmonia entre as funções estatais. O desafio é equilibrar a necessidade de soluções eficazes para problemas graves com a preservação do Estado Democrático de Direito.

Portanto, diante do fracasso dos demais poderes, não apenas em falhas e omissões, mas violações graves e reiteradas aos direitos fundamentais, impõe-se uma atuação do poder judiciário para fazer cessar tal estado inconstitucional, afim de se fazer uma transformação do problema e erradicá-lo.

CONCLUSÃO

A intervenção do Poder Judiciário na esfera dos demais poderes é um tema que suscita debates sobre os limites e possibilidades da atuação judicial no sistema constitucional brasileiro. Essa atuação,

longe de representar uma ruptura com o princípio da separação dos poderes, é uma expressão legítima da função jurisdicional quando os demais poderes deixam de cumprir suas obrigações constitucionais, prejudicando direitos fundamentais ou a ordem pública.

A teoria da separação dos poderes ao afirmar que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem atuar de maneira harmônica e independente não é absoluta. Logo, o sistema de freios e contrapesos permite que um poder atue em casos de inércia, abuso ou omissão de outro, desde que essa intervenção seja fundamentada na Constituição e limitada aos casos em que os direitos e interesses coletivos estejam em risco.

No Brasil, essa atuação judicial se manifesta de forma clara em situações de omissões legislativas. Por exemplo, o controle concentrado de constitucionalidade é um mecanismo pelo qual o Supremo Tribunal Federal (STF) pode declarar inconstitucional a ausência de regulamentação de um direito previsto na Constituição, determinando sua imediata aplicação ou instando o legislador a atuar, buscando através desta intervenção preservação da supremacia da Constituição e evitando que os direitos fundamentais permaneçam letra morta.

No âmbito do Poder Executivo, a intervenção judicial é igualmente possível e, em muitos casos, necessária. Questões relacionadas à saúde, educação e segurança pública frequentemente exigem que o Judiciário determine a implementação de políticas públicas negligenciadas, todavia, no em seu fracasso, surgiu como resultado o chamado “processo estrutural”, utilizado para corrigir falhas sistêmicas, sendo um exemplo de como a intervenção judicial pode ser organizada e dialogada, envolvendo todos os atores institucionais.

Casos emblemáticos, como a decisão do STF na Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) 347, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, evidenciam a importância da intervenção judicial, de forma que, essa decisão não apenas apontou a incapacidade do Legislativo e do Executivo

de solucionar o problema, mas também exigiu ações concretas e articuladas para garantir direitos básicos.

Portanto, a intervenção judicial nas esferas dos demais poderes é constitucionalmente possível e, em algumas situações, indispensável para a proteção da ordem democrática e dos direitos fundamentais. Contudo, é preciso que essa atuação seja pautada pela proporcionalidade, razoabilidade e observância aos limites constitucionais, de modo a evitar excessos e preservar o equilíbrio entre os poderes, tratando-se de uma resposta excepcional e fundamentada às falhas institucionais, de modo a garantir que o sistema jurídico brasileiro continue a proteger os valores assegurados pela Carta Maior da República e os direitos à uma vida digna de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Constituição e o Supremo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luis R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** - 9ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347: fundamentos e implicações**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Público, 2016.

BENJAMIN, Herman. **Seminário internacional Litígios estruturais: avanços e desafios**. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JW9t-adHgS8&t=2122s>. Acesso em: 09 de out. de 2024.

BEZERRA, Juliana. **Absolutismo**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/absolutismo/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

BEZERRA, Juliana. **Imperialismo**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/imperialismo/>. Acesso em: 19 nov. 2024

BEZERRA, Juliana. **Principais Características do Totalitarismo**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/principais-caracteristicas-do-totalitarismo/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

BEZERRA, Juliana. **Teocracia**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/teocracia/>. Acesso em 19 de nov. de 2024.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional - Coleção Esquematizado** - 28ª Edição 2024. 28th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Estado de Cosas Inconstitucionales**. Bogotá: Temis, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SOUZA, Thiago. **Feudalismo: o que foi, sociedade e características**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/feudalismo/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 2019. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil e estrutural - Teoria e prática**. 2024. 6^a Ed. Editora Juspodivm.

O IMPACTO DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INICIATIVAS DE GOVERNO DIGITAL E TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

*Edcarlos Rebouças Oliveira*⁷¹

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁷²

Resumo: A revolução digital, por meio das novas tecnologias, impactou, significativamente, a administração pública e a forma como os cidadãos se utilizam dos serviços prestados na esfera municipal, estadual e federal. Assim, este artigo busca destacar os impactos das inovações tecnológicas na administração pública no governo digital. Além disso, objetiva conceituar governo digital; identificar as suas principais iniciativas e, por fim, evidenciar as consequências dessa transformação na vida dos cidadãos com a implantação desse tipo de governo, utilizando-se do método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, numa abordagem qualitativa. Dessa forma, a relevância deste estudo se fundamenta na possibilidade de compreender quais tecnologias estão sendo usadas na implementação destas transformações tecnológicas, bem como entender como os usuários destes serviços têm concebido estes novos serviços digitais. Diante disso, conclui-se que reconhecimento da evolução da transformação digital e da necessidade de sua incorporação se faz importante em todos os seus elementos e formas, posto que o setor público é decisivo no desenvolvimento da sociedade em rede.

71 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Unieuro.

72 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia..

Palavras-chave: Administração pública. Cidadão. Governo Digital. Transformação digital.

INTRODUÇÃO

Depois da internet, a sociedade não é mais a mesma, pois, tal qual aconteceu em vários contextos sociais, a revolução digital, por meio das novas tecnologias, impactou, significativamente, a administração pública e a forma como os cidadãos se utilizam dos serviços prestados na esfera municipal, estadual e federal. As ações que antes eram registradas no papel, hoje, contam com a eficiência e praticidade das digitalizações e de outras benesses das novas tecnologias.

A transformação digital, contudo, vem acompanhada de desafios. Questões relativas à concepção, limites e modo de utilização das Tecnologias da Informação- TICS surgem, como também as desigualdades no acesso ao universo digital se evidenciam. Além disso, a falta de estrutura, a ineficiência na prestação de serviços online e desconexão entre eles se destacam como problemas.

Dessa forma, pode-se dizer que a transformação digital na administração pública passou a ser um tema recorrente no cenário das políticas públicas, bem como no âmbito legal e científico em muitos países, pautando as próprias ações, geralmente, pela via das ferramentas Tecnológicas de Informação e Comunicação.

A importância desse fenômeno é tamanha que muitas pesquisas têm se voltado para a investigação dos fatores internos impulsionadores ou de impacto desta transformação digital na construção de políticas públicas de governos locais e cidades inteligentes .

Diante disso, faz-se relevante ressaltar que, entre os fatores externos importantes para essas mudanças na oferta de serviços pelos entes públicos, se evidencia a pandemia da COVID- 19, cuja ocorrência requereu a busca por soluções tecnológicas capazes de permitir a continuidade dos serviços aos cidadãos no mesmo momento em que se confirmou a necessidade do isolamento provocado pela quarentena .

Além disso, organismos internacionais como Organização das Nações Unidas (ONU), instituição essa que avalia a qualidade, desempenho e inovação dos serviços públicos em diversos países também foram decisivas para as transformações ocorridas na administração pública. Neste sentido, a atuação desses organismos se efetiva na avaliação por meio do índice de desenvolvimento do governo eletrônico e/ou digital.

De acordo com estudiosos sobre esse assunto, o processo de implantação da transformação digital de um país está intimamente ligado com os seus índices de desenvolvimento econômico e social, portanto, quanto mais se investe em inovação, tecnologias e serviços públicos digitais, mais desenvolvido o país se torna .

Assim, tomando como base o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica (GIL, 2022), apresenta-se como questão de pesquisa sobre a temática em exposição, o intento de esclarecer qual o impacto das inovações tecnológicas na administração pública no governo digital.

A fim de elucidar esse questionamento, traçou-se como objetivo geral destacar os impactos das inovações tecnológicas na administração pública no governo digital. Como objetivos específicos, conceituar governo digital; identificar as suas principais iniciativas e, por fim, evidenciar as consequências dessa transformação na vida dos cidadãos com a implantação desse tipo de governo.

Sendo assim, a relevância deste estudo se fundamenta na possibilidade de compreender quais tecnologias estão sendo usadas na implementação destas transformações tecnológicas, bem como entender como os usuários destes serviços têm concebido estes novos serviços digitais.

Importante frisar que independente do contexto de implantação tecnológica das políticas públicas de governo digital, faz-se necessária a inserção de indicadores de avaliação da qualidade, permitindo que os serviços públicos sejam acessíveis a todos os usuários e as partes interessadas.

Para além da ampliação da acessibilidade dos serviços, pelo que apontam as pesquisas, a possibilidade de redução de custos e orçamento, assim como maior especialização dos servidores públicos na qualidade e atendimento de usuários em casos de extrema necessidade justifica as inovações tecnológicas como suporte para um governo digital.

Entretanto, é sensato considerar que essas iniciativas de transformação digital podem ser desastrosas, caso haja uma falta de planejamento estratégico de política pública nacional, o que implicaria um não direcionamento entre as diferentes esferas administrativas da iniciativa pública. Portanto, ampliar estudos sobre esta temática é urgente e necessário para a adequação da administração pública em tempos de novas tecnologias.

1. O GOVERNO SOB O IMPACTO DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

Neste artigo, busca-se trazer o conceito de governo e transformação digital na perspectiva da administração pública contribui para que seja possível compreender os impactos das novas tecnologias para os gestores públicos e para os usuários dos serviços públicos.

1.1 CONCEITO DE GOVERNO DIGITAL

O governo digital representa uma transformação na forma como o Estado interage com os cidadãos, utilizando tecnologias digitais para melhorar a prestação de serviços públicos, promover a transparência e aumentar a eficiência administrativa. Trata-se de um modelo de governança que aproveita os avanços tecnológicos para tornar os processos governamentais mais acessíveis, participativos e responsivos às demandas da sociedade contemporânea.

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), governo digital é “o uso das tecnologias digitais como parte integrante das estratégias de modernização dos governos para criar valor público” (OCDE, 2014, p. 18). Esse conceito vai além da simples informatização, focando na transformação dos processos administrativos e na criação de serviços centrados no cidadão.

No âmbito tecnológico, pode-se conceber o governo digital como uma evolução do governo eletrônico, visto que o governo eletrônico faz como principal ferramenta o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) com o intuito de alcançar a eficiência operacional, na medida em que o governo digital se utiliza das mudanças de paradigmas na prestação de serviços, transformando serviços físicos em digitais, bem como a transformação dos procedimentos em “*digital by design*” (GARDENGHI *et al.*, 2020).

Ressalte-se que, num sentido mais limitado, o governo eletrônico reside no uso das Tecnologias da Informação (TICS) pelos governos. No entanto, numa conceito mais amplo, pode ser definido como o uso de tecnologias da informação – TICS para fins de garantir acesso e entrega por parte do governo aos indivíduos de informações e uso de serviços; possibilitar e implementar eficiência mediante a aplicação destes serviços no âmbito do governo; cobrir larga escala de serviços e, finalmente, transformar governos (BOUNABAT, 2017).

Em resumo, o governo eletrônico é compreendido como a utilização efetivas das TIC com o propósito de potencializar a eficiência das agências governamentais, assim como oferecer serviços governamentais *on-line*. (UNITED NATIONS, 2018, p. 89).

As políticas públicas do governo eletrônico, como característica principal, residem no aprimoramento dos processos internos de trabalho. Não há aqui, contudo, um enfoque na alteração da lógica burocrática ou mesmo na mudança de valores no âmbito da gestão pública, na relação com cidadãos e no papel destes (CARVALHO, 2020).

Pelo que se expõe, percebe-se que governo inteligente possui similaridades com os termos governo digital e eletrônico, não

obstante, o governo digital pode ser visto como um processo evolutivo de múltiplos estágios (THAMJAROENPORN; ACHALAKUL, 2020). Esses mesmos autores ainda ressaltam que a partir da utilização sistemática de tecnologias de *big data*⁷³, um governo pode passar por transformação para um governo inteligente, ao entregar digitalmente serviços públicos através de canais de digital e se transmutar interfaces em *sites* e aplicativos *mobile* (SCHOLL, 2020; SUCUPIRA FURTADO *et al.*, 2023), mídias sociais e digitais e serviços de computação em nuvem.

No Brasil, o governo digital tem sido promovido como uma ferramenta essencial para melhorar a governança e combater a burocracia. A Estratégia de Governo Digital 2020-2022, desenvolvida pelo Ministério da Economia, define o governo digital como “a oferta de serviços públicos de qualidade, acessíveis a qualquer momento, em qualquer lugar e em diferentes dispositivos” (Brasil, 2020, p. 4). Essa estratégia está alinhada a pilares como a interoperabilidade de sistemas, a inovação no setor público e a inclusão digital.

A implementação do governo digital envolve desafios relacionados à infraestrutura tecnológica, à capacitação de servidores públicos e à inclusão de populações vulneráveis. Segundo Janssen e Estevez (2013, p. 12), “a adoção de tecnologias digitais no setor público requer não apenas mudanças técnicas, mas também uma reconfiguração das práticas organizacionais e culturais”. Assim, o sucesso do governo digital depende da integração entre tecnologia, gestão e políticas públicas.

Por outro lado, os benefícios do governo digital são amplos e significativos. Ele possibilita a redução de custos administrativos, o aumento da transparência e o fortalecimento da participação cidadã. Além disso, fomenta a inovação e a confiança pública nas instituições governamentais, contribuindo para o desenvolvimento sustentável e a competitividade econômica de longo prazo.

Em suma, o governo digital não é apenas uma tendência tecnológica, mas um elemento central na construção de Estados mais

73 Conjunto de dados de grande volume, variedade e complexidade, que crescem rapidamente ao longo do tempo.

modernos, inclusivos e eficientes. Ele exige um compromisso contínuo com a transformação digital, priorizando a experiência dos cidadãos e garantindo que ninguém seja deixado para trás.

1.2 TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

Num contexto contemporâneo, a transformação digital, ao longo do tempo, vem sendo entendida como o uso de novas tecnologias digitais, como smartphones, Inteligência Artificial, *Cloud Computing*, *Blockchain* e Internet das Coisas⁷⁴ (IoT) (WARNER; SWAGER, 2018).

Embora esse entendimento tenha alcançado expressividade na literatura, a atribuição a essa transformação apresenta variações, visto que alguns estudiosos costumam correlacioná-la ao uso da Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC,) outros a modelo de gestão, processos administrativos e organizacionais (DOBROLYUBOVA, 2021; MOSER-PLAUTZ; SCHMIDTHUBER, 2023).

Os autores Singh e Hess (2017) trazem como ideia que a transformação digital de uma organização ultrapassa o pensamento funcional e o termo “transformação”, por si só, já considera a abrangência das ações para explorar oportunidades ou evitar ameaças decorrentes das tecnologias digitais. De acordo com Rogers (2016, p. 308), “a transformação digital fundamentalmente não é sobre tecnologia, mas sobre estratégia, o que significa que os gestores precisam encontrar maneiras para otimizar necessidades e experiências dos clientes”.

Num outro parâmetro, Dias e Sano (2019) destacam que a transformação digital reflete as melhorias implementadas pelos governos, no intuito de buscar soluções digitais inovadoras por conta das pressões sociais, econômicas e políticas, a fim de transformar seus processos internos e externos, com o objetivo de gerar maior valor público e eficácia às ações do governo. Essa transformação, no governo

74 Internet das Coisas (IoT) é uma rede de objetos e dispositivos que se conectam e trocam dados com outros sistemas e dispositivos por meio da internet

brasileiro, é de suma importância para o avanço político-social de todo o país. Dessa forma, pode-se inferir que o acesso aos benefícios oriundos das Tecnologias de Informação e Comunicação tende a se estabelecer como forma de garantia dos direitos de todos os cidadãos, assim, a inclusão digital passa a ser percebida como um pré-requisito para o aprimoramento da democracia, de um modo geral, bem como servir como um guia governamental para orientação de como gestar a chamada Sociedade da Informação, o que exige uma urgente mudança comportamental por parte da administração pública brasileira, para que não aja em descompasso com a pós-modernidade.

Conforme os autores Gomes, Bezerra, Medeiros e Olliveira (2022):

Em relação aos avanços digitais, o Brasil ainda dá passos lentos, porém está começando a melhorar nos indicadores dos rankings mundiais de oferta de serviços públicos pela internet. Entre 2010 e 2018, o Brasil saltou da 57^o posição para 23^o lugar no Índice de Serviços Online da ONU. Esse Índice mede o uso de TIC pelos governos para a prestação de serviços públicos em nível nacional, incluindo dados abertos, participação eletrônica, prestação de serviços multicanais, serviços móveis, nível de utilização pelo cidadão, bem como parcerias inovadoras por meio do uso de TICs (GOMES; BEZERA; MEDEIROS; OLIVEIRA, 2022, p.4).

Sobre os avanços, vale ressaltar que a transformação digital no Brasil ocorre por meio de iniciativas do Governo Federal com o propósito de definir diretrizes e políticas para a inserção do país na economia digital, tais como: a Estratégia Brasileira de Transformação Digital (E-Digital), lançada em 2018; o Plano Nacional de Internet das Coisas (PNIoT), instituído em 2019 e a Estratégia de Governo Digital (EGD), iniciada em 2016. Alguns dos serviços resultantes foram o Certificado Internacional de Vacinação e Profilaxia (CIVP), os pedidos

de aposentadoria e salário-maternidade, a Carteira de Trabalho Digital, a Carteira Digital de Trânsito e a Identidade Estudantil que já estão disponíveis para o uso da população (GOMES; BEZERA; MEDEIROS; OLIVEIRA, 2022). Importante salientar que um dos grandes desafios da transformação digital não é trazer como herança a burocracia, mas sim, otimizar processos, unificar dados, focar no cidadão e assim oferecer as melhores soluções tecnológicas em serviços para a sociedade.

Sobre esse processo de desburocratização, Mergel *et al.* (2019) definem a transformação digital como uma nova forma de lidar com os *stakeholders*⁷⁵, ou na iniciativa pública e/ou privada, criando formas de relacionamento e infraestrutura na prestação de serviços mais ágeis e eficientes. Como ratificação, Safonov *et al.* (2022) consideram a transformação digital como sendo o uso operacional de tecnologias digitais para garantir a excelência na prestação dos serviços.

Um exemplo da transformação digital promovida na administração pública está explicitado no estudo desses autores, quando atestam a importância da digitalização dos serviços públicos com o propósito de otimizar e qualificar a prestação dos serviços aos cidadãos, tendo como retorno: a eficiência, redução de custos e impactos ambientais (DOBROLIUBOV, 2021).

Diante disso, pode-se considerar então que a transformação digital no setor público se traduz num processo de maturidade tecnológica em relação ao governo-usuário, ao passar de um modelo centrado nos processos internos para um modelo sistêmico voltado para os cidadãos e resultados, em plataformas unificadas.

2. TRANSFORMAÇÃO PROMOVIDA PELO GOVERNO DIGITAL

Ainda no contexto das transformações digitais e da administração pública, é pertinente refletir sobre governo digital. O seu conceito é

⁷⁵ Pessoas, grupos ou entidades que são afetadas ou têm interesse nas atividades e decisões de uma empresa ou projeto. Eles são peças-chave para o sucesso de um negócio, pois têm o poder de influenciá-lo.

uma evolução da definição de governo eletrônico que surgiu a partir da evolução das TICs, sobretudo da internet, e trouxe novas formas de relacionamento entre as organizações públicas e os cidadãos. A princípio, a sua utilização foi aplicada com base em técnicas, métodos e ferramentas já utilizadas por empresas privadas e, em seguida, estendida para as públicas.

Com o intuito de unir transformação tecnológica e políticas públicas governamentais, estudiosos do setor público introduziram o conceito de Transformação do Governo Digital (TGD), termo este mais específico dentro das pesquisas em órgãos públicos.

Como exemplo, Tangi *et al.* (2021, p. 2) definem assim aTGD:

[...] mudanças organizacionais de segunda ordem possibilitadas por tecnologias digitais transformando a forma como as organizações são estruturadas e organizadas, resultando em um novo estado do ponto de vista de processos, cultura, papéis, relacionamentos e possivelmente todos os aspectos da organização (TANGI et al, 2021,p. 2).

Dessa forma, a TGD pode ser considerada como um marco no âmbito organizacional, com o fito de pôr em conexão todos os aspectos que envolvem as relações técnicas, processuais e governo-cidadão.

Outros autores, como Moser-Plautz e Schmidhuber (2023), esclarecem que pela perspectiva organizacional, a transformação compreende a redefinição de processos, infraestruturas e serviços. Além disso, esses processos diferenciam do governo eletrônico, uma vez que a transformação do governo digital é mais ampla, pois envolve mudanças no sistema técnico, social, cultural e organizacional.

Compreende-se, portanto, que a transformação digital promovida pelo Governo Digital visa tornar os serviços públicos mais acessíveis, ágeis e eficientes, por meio da aplicação de novas tecnologias e processos, como: digitalização de serviços, interoperabilidade de dados,

centralização de processos, capacitação de servidores públicos, entre outros.

Na sequência dos investimentos tecnológicos para a melhoria dos serviços públicos, o Governo Federal lançou por meio do Decreto Presidencial nº 8.638, em 2016, a Política de Governança Digital (PGD). Nela continham princípios, diretrizes e instrumentos relacionados à melhoria da governança digital, com isso a política tinha como objetivos: gerar participação da sociedade no ciclo das políticas públicas e dos serviços públicos digitais, utilizar a tecnologia e a informação para melhoria dos serviços públicos e garantir o acesso à informação (TCU, 2018).

Junto a esse instrumento, foi aprovada também a Estratégia de Governança Digital (EGD), pela Portaria MP nº 68, assinada em 7 de março de 2016. O plano foi criar um instrumento complementar da PGD com vistas a orientar e integrar as iniciativas de transformação digital dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, por meio da expansão do acesso às informações governamentais, da melhoria dos serviços públicos digitais e da ampliação da participação social (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, 2018).

2.1 IMPACTOS DA TRANSFORMAÇÃO TECNOLÓGICA NOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Quando se trata de iniciativa pública, percebe-se que a transformação tecnológica tem o objetivo de aumentar a eficiência na prestação dos serviços. Mas, para tanto, é necessário entender quem é o usuário do serviço e as relações de troca de informações em plataformas digitais.

Nessa perspectiva, a pesquisadora Cingolani (2021, 2021, p. 74) caracteriza os usuários e as relações na prestação do serviço públicos do governo digital, definindo os seguintes tipos: “a) Cidadão para Governo (C2G); b) Governo para Cidadão (G2C) e c) Cidadão para

Cidadão (C2C)”. Já Dobrolyubova (2021), amplia a caracterização informando que existem as conexões de Governo para Governo (G2G); Governo para Empresas (G2E), e Empresas para Governo (E2G)” (CINGOLANI, 2021, p. 74).

Essas caracterizações permitem entender como as políticas públicas do governo digital não apenas beneficiam o cidadão contribuinte, mas também organizações empresariais e de terceiro setor, além dos próprios órgãos públicos em suas relações interinstitucionais (OUMKALTOUM *et al.*, 2021). Pelo que ponderam os autores, confirma-se o já explanado, anteriormente, neste artigo: a transformação digital também muda o perfil do usuário dos serviços prestados pela administração pública.

Diante dessas considerações, é permitido concluir que as novas tecnologias e o seu uso se mostram como mais um elemento dentro dessa nova inteligência, que advoga também por governos mais transparentes e abertos, contrariando os que temem pela suposta perda de legitimidade democrática do aparelho estatal. Ao contrário disso, depreende-se que a transformação digital acompanha também o incentivo para a participação social dos cidadãos: antes meros consumidores e, hoje, participantes ativos da vida cívica.

Trata-se, então, de um movimento em conjunto que aponta para a modificação de um modelo estatal anacrônico, para um outro mais moderno, impulsionado pela revolução digital.

A transformação tecnológica tem gerado impactos significativos nos usuários dos serviços públicos, redefinindo a relação entre o Estado e a sociedade. Com a implementação de tecnologias digitais, como inteligência artificial, automação e big data, os serviços públicos estão se tornando mais ágeis, acessíveis e personalizados, embora desafios relacionados à inclusão digital e à privacidade ainda persistam.

Um dos principais impactos positivos é a maior acessibilidade aos serviços públicos. Plataformas digitais permitem que os cidadãos acessem informações e realizem serviços de forma remota, a qualquer momento e de qualquer lugar. Segundo Janssen e Estevez (2013, p. 15), “a digitalização transforma os serviços públicos ao reduzir barreiras

físicas e burocráticas, melhorando a experiência do usuário”. No Brasil, iniciativas como o Gov.br centralizam diversos serviços em uma única plataforma, facilitando o acesso a benefícios, agendamentos e certidões.

A transformação tecnológica também reduz custos tanto para os cidadãos quanto para o governo. O uso de sistemas automatizados, como chatbots e aplicativos, minimiza filas e deslocamentos, otimizando o tempo dos usuários. Segundo a OCDE (2014, p. 22), “os governos digitais promovem eficiência ao racionalizar processos e integrar serviços”. Essa mudança é especialmente relevante em áreas como saúde e educação, onde plataformas digitais oferecem soluções ágeis, como o agendamento de consultas ou a disponibilização de materiais

Apesar dos benefícios, a transformação tecnológica também apresenta desafios. A inclusão digital é um problema crítico, uma vez que populações vulneráveis, como idosos e pessoas de baixa renda, frequentemente enfrentam dificuldades para acessar ou utilizar tecnologias. Como destacam Cordella e Tempini (2015, p. 277), “a digitalização dos serviços públicos só será plenamente eficaz se for acompanhada por políticas de inclusão que considerem as necessidades de diferentes grupos sociais”.

Outro impacto relevante é a preocupação com a privacidade e a segurança dos dados. O uso intensivo de tecnologias digitais no setor público aumenta o risco de vazamentos de informações e violações de privacidade. Para minimizar esses riscos, é fundamental que governos adotem práticas robustas de governança de dados e sigam padrões legais, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil (BRASIL, 2018).

A transformação tecnológica também tem potencial para fortalecer a participação cidadã e a confiança nas instituições públicas. Ferramentas digitais permitem que cidadãos participem de consultas públicas, enviem sugestões e acompanhem políticas em tempo real, promovendo maior transparência e accountability. Segundo Luna-Reyes e Gil-García (2014, p. 640), “o engajamento digital reforça a

legitimidade dos governos ao permitir uma interação mais direta e transparente com os cidadãos”.

A transformação tecnológica tem impactos profundos e multifacetados nos usuários dos serviços públicos, trazendo avanços significativos, mas também desafios que exigem atenção. Para maximizar os benefícios, é essencial que as iniciativas de digitalização sejam acompanhadas de políticas inclusivas e garantias de proteção de dados, assegurando que todos os cidadãos possam usufruir dos avanços tecnológicos de forma equitativa e segura.

3. OBSTÁCULOS ÀS POLÍTICAS DO GOVERNO DIGITAL

De acordo com pesquisas feitas para a produção deste artigo, constatou-se que existem alguns entraves capazes de emperrar as políticas do governo digital.

Sobre isso, Wilson e Mergel (2022, p.2) destacam algumas barreiras que têm afetado essas políticas:

As barreiras estruturais são proeminentes em uma revisão recente da pesquisa e prática da transformação digital, incluindo barreiras tecnológicas (infraestrutura, falta de interoperabilidade, acesso a dados), fatores organizacionais (falta de estratégia, recursos humanos, habilidades digitais, capacidades dos gerentes), legais e éticos fatores (falta de confiança do cidadão) e fatores relacionados a orçamentos limitados ou competição por recursos financeiros (WILSON;MERGEL, 2022, p. 2).

Além dessas citadas, Putri (2021) chama a atenção no sentido de mostrar que existe uma diversidade cultural, econômica e tecnológica muito grande entre os países, no entanto, muitos têm pouco avançado na transformação tecnológica por conta do baixo nível de escolaridade e conhecimento digital dos usuários dos serviços. Além disso,

internamente no próprio país existe uma diferenciação tecnológica social, uma vez que muitas áreas rurais não dispõem de infraestrutura tecnológica.

Em contrapartida, é importante acrescentar que alguns aspectos podem propiciar o acesso dos usuários aos serviços públicos dentro dos moldes de modernização. Segundo Lytras e Serban (2020), são os níveis educacionais da população que fazem grande diferença para uso das tecnologias, seguida das habilidades digitais, bem como do acesso à internet.

Outro fator que dificulta a implantação do Governo digital consiste na diferença de idade das pessoas, sobre isto, pesquisas apontam que pessoas mais velhas podem ser mais céticas aos potenciais benefícios do uso das tecnologias (BARRUTIA; ECHEBARRIA, 2021). Alguns estudos chamam a atenção pelo fato de as pessoas mais velhas, às vezes, requisitarem atendimentos e serviços diferenciados, pois podem sofrer de limitações visuais e auditivas que impedem o bom uso das ferramentas de uso comum (GUO, 2022).

Cabe ressaltar que o governo digital como qualquer outra novidade esbarra na desconfiança e na falta de habilidade de quem promove a mudança e de quem dela vai se utilizar. Importante entender que na relação de implantação das ações de governo digital existe um conflito entre o gerenciamento de risco de informações e o processo de estabelecimento de confiança com os usuários. Isto só confirma que a importância da confiança digital perpassa pelo fator de qualidade e gestão de risco (GUO, 2022).

Sendo assim, pode-se deduzir, a partir do que foi pesquisado para este artigo, que as novas tecnologias podem incluir, ampliar e oportunizar a prestação de serviços digitais onde o físico não poderia ir, no entanto, observa-se que se não houver uma implementação estratégica por parte da administração pública, o que era para ser instrumento de inclusão passa a se transformar em uma ferramenta de exclusão social (CHOHAN; HU, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas do Governo Digital têm se mostrado cada vez mais importantes para o próprio processo evolutivo social e tecnológico. O advento da pandemia da Covid-19 trouxe também como consequência a modificação do olhar e a ação de todos os setores no âmbito político-econômico-cultural, o que acelerou as iniciativas de transformação tecnológica.

Na busca pelas respostas para a questão de pesquisa deste artigo, nota-se que existem muitas tecnologias usadas na implementação das políticas públicas do Governo Digital, a exemplo da *Big data*, Inteligência Artificial, Internet das Coisas, *Data Center*, Computação em Nuvem, *Blockchain*, Segurança Cibernética, Tecnologias 5G, *Machine Learning*, e *Accountability*, entre outros. Entretanto, observa-se nos estudos que algumas tecnologias vêm tendo maior discussão científica e implementação de uso técnico quando se compara com as demais. Conclui-se então, com isso, que há ainda alguns aspectos dessa temática pouco exploradas, no que tange à implantação de tecnologias e à investigação como campo de estudo.

Em relação às pessoas, o governo digital tenta ampliar a prestação de serviço, porém algumas questões precisam ser mais aprofundadas nas iniciativas no que diz respeito às políticas do governo digital. Estudos demonstraram que as dimensões sociais, culturais e tecnológicas muitas vezes não são levadas em consideração, quando deixam de levar em conta as características específicas de cada país. Ou seja, quando se trata de políticas públicas de governo digital, não se deve apenas copiar o que se faz em outros contextos, ao contrário, deve-se atentar para as singularidades sociais, educacionais, econômicas e tecnológicas.

Se governos quiserem lidar com tudo isso, terão que fazer muito mais que se autonegarem governos digitais. Será preciso compreender a racionalidade do que isso significa, pois a nomenclatura é o menos relevante, afinal, o que de fato importa é o reconhecimento da evolução da transformação digital e da necessidade de sua

incorporação em todos os seus elementos e formas, posto que o setor público é decisivo no desenvolvimento da sociedade em rede. Para tanto, cabe incluir a difusão de uma governança em um sistema de regulação que se adapte aos valores e necessidades da sociedade de forma igualitária.

Portanto, a reflexão que fica é: Que tipo de inclusão tecnológica está sendo oportunizada para as pessoas mais carentes? Isso está sendo conduzido para os próprios usuários e prestadores de serviço públicos? Assim, se não houver essa preocupação, todos os esforços advindos destas ferramentas não cumprirão o seu papel final de atendimento dos anseios da sociedade, cumprindo o papel de inclusão, tão pertinente à administração pública.

REFERÊNCIAS

BARRUTIA, J. M.; ECHEBARRIA, C. **Efeito da pandemia da COVID-19 nas atitudes dos gestores públicos em relação à transformação digital**. *Technology in Society*, v. 67, p. 101776, nov. 2021. Disponível em: https://thesai.org/Downloads/Volume12No10/Paper_8-Hybrid_e_Government_Framework_based_on_Datawarehousing.pdf. Acesso em: 6 out. 2024.

BOUNABAT, Bouchaib. **Do governo eletrônico ao governo digital**. *Electronic Journal of Information Technology*, [S.l.], dez. 2017. ISSN 1114-8802. Disponível em: <<http://www.revue-eti.net/index.php/eti/article/view/117>>. Data de acesso: 05 out. 2024.

BRASIL. **Estratégia de Governo Digital 2020-2022**. Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br>. Acesso em 15/12/2024.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD**. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.

BELLOCCHIO, Lucía; SANTIAGO, Alfonso. Estado digital de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 87-102, abr./jun. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1254.

CARVALHO, Bruno Borges de. **Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação**. RDA, *Revista de Direito Administrativo*, v. 279 n. 3 (2020), p.118.

CHOHAN, S. R.; HU, G. **Fortalecendo a inclusão digital por meio do governo eletrônico: programas de treinamento em TIC coesos para intensificar a competência digital**. *Information Technology for Development*, v. 28, n. 1, p. 16–38, 2 jan. 2022.

CHOHAN, S. R.; HU, G. **Fatores de sucesso que influenciam a adoção de orquestração de serviços de IoT pelos cidadãos para criação de valor público em governo inteligente.** IEEE Access, v. 8, p. 208427–208448, 2020.

CINGOLANI, L. **A sobrevivência de plataformas de governo aberto: insights empíricos de uma amostra global.** Government Information Quarterly, v. 38, n. 1, p. 101522, jan. 2021.

CORDELLA, Antonio; TEMPINI, Niccolo. **E-Government and Organizational Change: Reappraising the Role of ICT and Bureaucracy in Public Service Delivery.** Government Information Quarterly, v. 32, n. 3, p. 279-286, 2015.

DIAS T. F., SANO H. **Transformação Digital**, Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/344722169_Dias-Sano2019_ReferenceWorkEntry_DigitalTransformationBrazil_1>. Acesso em 20 out. 2024.

DOBROLYUBOVA, E. **Medindo os resultados da transformação digital na administração pública: revisão da literatura e possíveis passos adiante.** NISPAcee Journal of Public Administration and Policy, v. 14, n. 1, p. 61–86, 1 set. 2024.

DUBIROVA, Z.; MENDYBAYEV, B. **Gerenciando a transformação das relações entre o Estado, a cidade e os cidadãos no exemplo do iKomek109 - Modelo de serviço digital da cidade de Nur-Sultan.** Anais [...].

GARDENGHI, J. L.; PEREIRA, L. G.; SHAYANE M. ALCANTARA, S. M. et al. **Digitalização por meio de um processo de prototipação: o caso de um serviço público brasileiro.** Informação, v. 11, n. 9, p. 413, 27 ago. 2020.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Editora Atlas. 7ª edição, 2022.

GOMES, Gabrielle Soares; BEZERRA, João Paulo Rodrigues; MEDEIROS, Fernando Machado de; OLIVEIRA, Karoline. **Transformação digital, governo digital e governança digital aplicados no âmbito público – uma revisão sistemática**. Revista Inovação Tecnológica, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 17-34, jan./jun. 2022 - ISSN 2179-2895. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8298273/mod_resource/content/1/64-Texto%20do%20artigo-208-1-10-20220722.pdf. acesso em 02 de outubro de 2024.

GUO, Y. **Confiança digital e a reconstrução da confiança na sociedade digital: um modelo integrado baseado na teoria da confiança e na teoria da confirmação da expectativa**. Governo digital: Pesquisa e prática, v. 3, n. 4, p. 1-19, 31 out. 2022.

HUR, J. Y.; LEE, G.; BICKERTON, S. H. **O mito do “trabalho inteligente”: como a inércia burocrática e a cultura do local de trabalho impediram a transformação digital na realocação da capital da Coreia do Sul**. Asian Studies Review, v. 43, n. 4, p. 691-709,

JANSSEN, Marijn; ESTEVEZ, Elsa. **Lean Government and Platform-Based Governance: Doing More with Less**. Government Information Quarterly, v. 30, n. 1, p. 12-20, 2013.

LYTRAS, M. D.; SERBAN, A. C. **Insights sobre governo eletrônico para pesquisa em cidades inteligentes: estudo da União Europeia (UE) e o papel das regulamentações**. IEEE Access, v. 8, p. 65313-65326, 2020.

LUNA-REYES, Luis F.; GIL-GARCÍA, J. Ramón. **Digital Government Transformation and Internet Portals: A Socio-Technical**

Perspective. Government Information Quarterly, v. 31, n. 4, p. 638-645, 2014.

MERGEL, I.; EDELMANN, N.; HAUG, N. **Definindo a transformação digital: resultados de entrevistas com especialistas.** Government Information Quarterly, v. 36, n. 4, p. 101385, out. 2019.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Estratégia de Governança Digital: transformação digital: cidadania e governo.** 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/governo-digital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/revisaodaestrategi-ade-governancadigital20162019.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2024.

MOSER-PLAUTZ, B.; SCHMIDTHUBER, L. **Transformação governamental digital como uma resposta organizacional à pandemia da COVID-19.** Government Information Quarterly, v. 40, n. 3, p. 101815, out. 2024.

NAÇÕES UNIDAS, **Pesquisa de Governo Eletrônico da ONU na Mídia.** 2018. Disponível em: <https://administracao-publica.un.org/egovkb/en-us/about/unegovdd-framework>. Acesso em: 20 out. 2024.

OCDE. **Recommendation of the Council on Digital Government Strategies.** Paris: OECD Publishing, 2014.

ROGERS, D. L. **O manual de transformação digital: repense seu negócio para a era digital.** Columbia University Press, 2016.

STRINGHINI, Antonella. **Administração Pública Inteligente: novidades para o ecossistema regulatório digital da República Argentina.** Revista Euro-Latino-Americana de Direito Administrativo, Santa Fé, vol. 5, não. 2, pág. 199-215, julho/dez. 2018. DOI: 10.14409/redoeda.v5i2.9094

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Política De Governança Digital.** 2018. Disponível em: <<https://sites.tcu.gov.br/>>

relatorio-de-politicas/2018/politica-de-governanca-digital.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

WARNER, K., SWÄGER, M. **Construindo capacidades dinâmicas para a transformação digital: Um processo contínuo de renovação estratégica**. Planejamento de Longo Prazo, 2018. Disponível em: < <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0024630117303710> >. Acesso em 14 out. 2024.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL: ANÁLISE PRÁTICA E JURISPRUDENCIAL

*João Marcos Muniz Rodrigues da Silva*⁷⁶

*Luís Felipe Nunes Sacramento Escórcio Moura*⁷⁷

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁷⁸

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado no Brasil, fundamentada no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, é um princípio essencial do Direito Administrativo. Adotando a responsabilidade objetiva para atos comissivos, dispensa-se a comprovação de culpa, sendo necessário apenas o nexo causal entre o ato estatal e o dano. Esse modelo, baseado na teoria do risco administrativo, visa garantir reparação célere e justa às vítimas. Já nos casos de omissão estatal, a responsabilidade é subjetiva, exigindo comprovação de negligência, imprudência ou imperícia. Historicamente, o Brasil transitou da teoria da irresponsabilidade, típica dos regimes monárquicos, para a responsabilidade objetiva, consolidada pela Constituição de 1946 e ampliada pela Carta de 1988, refletindo a evolução na proteção dos direitos fundamentais. Todavia, a responsabilidade do Estado possui limites, como caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima e intervenção de terceiros, que rompem o nexo causal. A aplicação

76 Graduando em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

77 Graduando em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

78 Mestre em Direito pela UCB. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Judiciária pela UNB. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em Direito pela UDF. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Analista Judiciário - Área Processual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenador de Julgamentos Colegiados da Quinta Turma do STJ. Coordenador Auxiliar da Câmara de Direito Penal do CEJUSC/STJ. Palestrante e instrutor de cursos presenciais e de EaD do STJ. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Possui aperfeiçoamento em Teologia.

prática dessa responsabilidade é amplamente discutida em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), demonstrando a importância do equilíbrio entre a reparação do cidadão e a defesa da administração pública. Destacam-se, ainda, as particularidades da responsabilidade de prestadoras de serviços públicos e entes legislativos e judiciais. Conclui-se então que a responsabilidade civil do Estado é essencial para assegurar justiça reparatória, promover a confiança na administração pública e proteger direitos constitucionais, ao mesmo tempo que evita imputações indevidas ou excessivas ao poder público.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito Administrativo. Teoria do Risco. Excludentes de Responsabilidade. Constituição de 1988.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado constitui um dos pilares fundamentais do Direito Administrativo brasileiro, configurando o dever de reparar os danos causados por ações ou omissões de seus agentes. Consagrada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, essa responsabilidade é estruturada sob o regime objetivo para os casos de condutas comissivas, dispensando a comprovação de culpa e exigindo apenas a demonstração do nexo causal entre o ato estatal e o dano.

Para os casos de omissão, no entanto, prevalece o regime subjetivo, que exige a comprovação de negligência, imprudência ou imperícia do ente público. A definição desses regimes de responsabilização é indispensável para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e para a consolidação do Estado Democrático de Direito, mas também levanta desafios significativos, especialmente no que tange à aplicação das excludentes de responsabilidade, como caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Nesse contexto, surge a questão central que orienta o presente estudo: como garantir um equilíbrio adequado entre a reparação dos danos sofridos pelos cidadãos e a proteção do Estado contra responsabilizações excessivas ou indevidas? Essa problemática é relevante, pois a responsabilidade civil do Estado, enquanto mecanismo de justiça reparatória, deve buscar uma atuação equilibrada, que respeite os direitos dos administrados sem comprometer a eficiência e a funcionalidade da administração pública. O tema ganha ainda maior importância diante do aumento da judicialização de questões envolvendo a administração pública, exigindo uma análise aprofundada para evitar interpretações equivocadas que possam prejudicar a harmonia entre os interesses individuais e coletivos.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar os fundamentos jurídicos e práticos da responsabilidade civil do Estado no Brasil, com foco nas implicações e limitações das excludentes de responsabilidade. Para alcançar esse propósito, busca-se estudar a evolução histórica e legislativa da responsabilidade estatal, desde os tempos em que prevalecia a teoria da irresponsabilidade até a consolidação do modelo atual, fundamentado na teoria do risco administrativo.

Além disso, o estudo examina os critérios doutrinários e jurisprudenciais que definem as bases teóricas dessa responsabilidade, abordando também as especificidades das excludentes e seus impactos na configuração do nexo causal. Por fim, são analisados casos emblemáticos da jurisprudência dos tribunais superiores, que ilustram a aplicação das teorias da responsabilidade civil e os limites impostos pelas excludentes.

A relevância do tema justifica-se pela necessidade de aperfeiçoar a compreensão e a aplicação da responsabilidade civil estatal, assegurando que ela funcione como um instrumento eficaz de proteção aos direitos dos cidadãos e de fortalecimento da administração pública.

Nesse sentido, a metodologia adotada para o desenvolvimento deste trabalho é de caráter qualitativo e exploratório, baseada em pesquisa bibliográfica e documental. O estudo fundamenta-se na

análise de obras doutrinárias renomadas, na legislação pertinente e em decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que fornecem subsídios importantes para a interpretação e a aplicação prática do instituto.

Dessa forma, o presente estudo visa contribuir para o debate jurídico e acadêmico sobre a responsabilidade civil do Estado, destacando sua importância para a promoção de justiça reparatoria e para a construção de uma administração pública mais eficiente, ética e transparente. A busca pelo equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a defesa do interesse público é o objetivo maior que norteia esta pesquisa.

1. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A responsabilidade civil no Brasil tem experimentado uma evolução significativa ao longo dos séculos, refletindo as transformações sociais, econômicas e jurídicas que moldaram o país. Este artigo analisa essa evolução, destacando os principais marcos legislativos e doutrinários que influenciaram o tema.

A responsabilidade civil do Estado no Brasil é um conceito em constante evolução, tendo se transformado significativamente ao longo dos séculos. Em um primeiro momento, sob a influência do Direito Romano e, posteriormente, do Direito Português, predominava o princípio da “irresponsabilidade do Estado”, segundo o qual o soberano era imune a qualquer forma de responsabilização. Esse entendimento foi herdado pelo Brasil e perdurou até meados do século XIX. Somente com a Proclamação da República em 1889 e a promulgação da Constituição de 1891 começou a surgir uma noção de responsabilidade estatal, ainda que de forma incipiente e limitada aos atos comissivos ilícitos (DI PIETRO, 2024, p. 312).

As bases da responsabilidade civil no Brasil encontram-se assim no Direito Romano, que estabelecia a distinção entre obrigações

contratuais e extracontratuais. Com a chegada do Código Civil de 1916, inspirado no Código Civil Francês de 1804, consolidou-se o entendimento de que a responsabilidade civil se funda na ideia de culpa, conforme disposto em seu artigo 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 1916).

O marco fundamental para a responsabilidade civil do Estado no Brasil veio com a Constituição de 1946, que introduziu o princípio da responsabilidade objetiva estatal em casos de danos causados pela atuação de seus agentes. Esse princípio foi mantido e ampliado nas Constituições de 1967, 1969 e, finalmente, na Constituição Federal de 1988, cujo artigo 37, §6º, consolidou a responsabilidade objetiva do Estado brasileiro:

(...) as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Desse modo, é necessário demonstrar a evolução na abordagem teórica acerca da responsabilidade civil, partindo da completa irresponsabilidade do estado a Teoria da Responsabilidade Administrativa, forma a qual o Estado adota atualmente, aliada a uma análise da aplicação de tais teorias no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

A teoria da irresponsabilidade do Estado surgiu em um contexto histórico em que o poder estatal era concebido como absoluto e infalível. Originária da doutrina francesa no período absolutista, essa teoria partia da premissa de que o Estado, como expressão da

soberania, não poderia ser responsabilizado por eventuais danos causados aos particulares no exercício de suas funções. Este artigo analisa os fundamentos, a evolução e a superação da teoria da irresponsabilidade no Direito brasileiro.

A teoria da irresponsabilidade estatal fundamenta-se na ideia de que o Estado, enquanto soberano, não poderia ser responsabilizado pelos danos causados aos particulares em razão de sua atuação. Esse entendimento também remonta ao Direito Romano e ao princípio do “*rex non potest peccare*” (o rei não pode errar), onde o monarca era visto como infalível e imune a qualquer forma de responsabilização. No âmbito do direito público, especialmente em monarquias absolutistas, prevalecia a concepção de que o soberano, detentor do poder absoluto, não poderia ser responsabilizado por suas ações, já que seus atos eram considerados manifestações diretas da vontade divina (MELLO, 2019, p. 76).

A teoria da irresponsabilidade baseava-se na concepção de que “o rei não erra” (“*le roi ne peut mal faire*”), uma máxima que reflete o caráter sacralizado da figura do monarca durante o Antigo Regime. De acordo com Meirelles (2020), “considerava-se que, sendo o Estado soberano e exercendo poderes em nome do interesse público, não poderia ser responsabilizado por seus atos, mesmo que causasse prejuízos a particulares”.

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade estatal foi inicialmente adotada com base nas influências dos modelos europeus, especialmente o francês. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “essa teoria impunha que o Estado não poderia ser chamado a reparar os danos causados por seus agentes, visto que o poder público agia em nome do bem comum, e o sacrifício do particular, nesse contexto, deveria ser tolerado” (PIETRO, 2024, p. 265). Em outras palavras, qualquer dano causado pela administração pública era considerado um efeito colateral aceitável, desde que estivesse vinculado ao interesse geral.

Essa doutrina influenciou as primeiras formas de organização do poder estatal, sobretudo no período imperial. A Constituição de 1824, em consonância com as ideias absolutistas, não previa mecanismos

claros para responsabilização do Estado por atos danosos. Segundo Oliveira (2019), “a doutrina da irresponsabilidade foi aplicada de forma implícita, uma vez que o ordenamento jurídico não admitia, à época, a possibilidade de se questionar a conduta estatal”.

Contudo, com o desenvolvimento do Estado moderno e o fortalecimento das garantias dos direitos individuais, a teoria da irresponsabilidade foi gradativamente abandonada. A doutrina passou a entender que a imunidade do Estado violava princípios fundamentais de justiça, criando um desequilíbrio na relação entre o poder público e os particulares. Hely Lopes Meirelles argumenta que “a irresponsabilidade do Estado é incompatível com o conceito de um Estado de Direito, pois nega aos cidadãos a proteção contra os abusos do poder público” (MEIRELLES, 2020, p. 120). Esse entendimento impulsionou a transição para modelos de responsabilidade estatal mais justos e equilibrados, que buscavam proteger os indivíduos dos danos injustamente causados pela administração pública.

A teoria da irresponsabilidade foi gradualmente substituída por modelos mais equilibrados, como a teoria da culpa administrativa e, posteriormente, a teoria do risco administrativo. O marco decisivo dessa transição ocorreu no século XX, com o fortalecimento dos princípios democráticos e a crescente valorização dos direitos fundamentais.

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil consolidou o modelo de responsabilidade objetiva do Estado, previsto no artigo 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

A superação da teoria da irresponsabilidade se deu a partir de um movimento gradual de limitação do poder absoluto do Estado, principalmente com o advento do constitucionalismo e o reconhecimento dos direitos fundamentais. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a teoria da irresponsabilidade estatal “revela-se

anacrônica em um Estado Democrático de Direito, onde o exercício do poder deve ser controlado e deve haver responsabilidade pelos atos que venham a lesar direitos dos cidadãos” (BANDEIRA DE MELLO, 2024, p. 85).

A transição para a teoria da responsabilidade do Estado foi um processo que se consolidou com o passar dos séculos, especialmente com o reconhecimento de que o Estado, mesmo agindo em nome do interesse público, não poderia estar acima das leis e das normas de reparação civil. No Brasil, esse avanço foi marcado pela Constituição Federal de 1946, que adotou pela primeira vez o princípio da responsabilidade objetiva estatal em casos de danos causados a terceiros por agentes públicos. Esse princípio foi mantido e ampliado na Constituição de 1988, onde o artigo 37, §6º, prevê a responsabilidade objetiva do Estado e das entidades privadas que prestam serviços públicos, consolidando o entendimento de que o Estado deve indenizar os danos causados, independentemente de dolo ou culpa.

Assim, a teoria da irresponsabilidade estatal, que dominou o cenário jurídico em um período histórico anterior, foi substituída pela responsabilidade objetiva do Estado, que se fundamenta na teoria do risco administrativo. Esse novo paradigma, conforme explica Di Pietro (2024), “permite que o cidadão lesado seja indenizado de forma célere e justa, corrigindo os excessos da administração pública e protegendo o particular de ações lesivas” (p. 275). Dessa forma, o modelo brasileiro de responsabilidade civil do Estado reflete a evolução das ideias sobre a soberania e a proteção dos direitos fundamentais, em que o Estado não é mais imune à reparação dos danos que causa, mas responde objetivamente por eles.

Embora superada, a teoria da irresponsabilidade do Estado ainda serve como referência histórica para compreender a evolução da responsabilidade civil estatal. Ela destaca o contraste entre um modelo autoritário de poder e o atual paradigma democrático, no qual o Estado deve se submeter à lei e garantir a reparação pelos danos que causar.

Segundo Bandeira de Mello (2024), “a responsabilização do Estado representa uma conquista do Estado de Direito, reafirmando que nenhum poder está acima dos princípios da legalidade e da justiça”.

A teoria da irresponsabilidade do Estado foi um reflexo de um período em que o poder estatal não encontrava limites claros. Sua superação no Brasil simboliza a transição para um modelo de responsabilidade que privilegia a proteção dos direitos individuais e a eficiência da administração pública, consolidando-se como um importante avanço no Direito Público brasileiro.

1.2 TEORIA DA CULPA OU TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A teoria da culpa é um dos pilares da responsabilidade civil e se fundamenta no princípio de que todo aquele que causa um dano a outro, de forma culposa ou dolosa, deve reparar esse prejuízo. A responsabilidade civil subjetiva, como é denominada, exige a comprovação de que o agente causador do dano agiu com culpa, seja por negligência, imprudência ou imperícia. Segundo Maria Helena Diniz, a culpa é um comportamento que “foge ao padrão de conduta exigível de uma pessoa prudente e zelosa” (DINIZ, 2022, p. 87). Dessa forma, o agente é responsabilizado não apenas pelo dano, mas pela falta de diligência em evitar o prejuízo.

No Brasil, a responsabilidade civil subjetiva está prevista no artigo 186 do Código Civil, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Assim, o legislador brasileiro estabelece que a culpa, entendida como uma violação de um dever jurídico, é um requisito essencial para a configuração da responsabilidade civil quando a conduta é culposa.

Hely Lopes Meirelles define a culpa como a falta de “observância do dever de cuidado exigido pelo ordenamento jurídico, sendo

caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia do agente” (MEIRELLES, 2016, p. 115). Na visão de Meirelles, a negligência refere-se à ausência de precauções mínimas, a imprudência à ação desmedida e a imperícia à falta de habilidade técnica para evitar o dano. Esses três elementos são essenciais para a caracterização da culpa e, conseqüentemente, da responsabilidade civil subjetiva.

A doutrina, no entanto, vai além da análise dos elementos tradicionais da culpa. Sérgio Cavalieri Filho explica que a culpa é um “juízo de reprovação que incide sobre a conduta do agente, devendo-se considerar se ele agiu conforme o padrão de comportamento esperado de uma pessoa prudente” (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 43). Essa análise é essencial para determinar se houve um desvio do padrão de conduta aceitável, sendo que a responsabilidade civil exige não apenas a ocorrência do dano, mas também a verificação da culpa do agente.

Outro ponto relevante abordado pela doutrina é a distinção entre culpa e dolo. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, enquanto a culpa é caracterizada pela inobservância de um dever de cuidado, o dolo envolve a intenção deliberada de causar o dano (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 102). Dessa forma, o dolo é mais grave que a culpa e, por isso, é tratado de forma diferenciada em diversas áreas do direito, incluindo o direito civil e o direito penal.

A teoria da culpa possui ainda uma função preventiva, ao desestimular comportamentos negligentes. Conforme destaca Sílvio de Salvo Venosa, “a responsabilidade civil subjetiva desempenha um papel importante ao impor ao agente a obrigação de agir com prudência, impedindo que sua omissão ou imprudência causem danos a terceiros” (VENOSA, 2021, p. 97). Dessa forma, a teoria da culpa não se limita apenas à reparação do dano, mas também atua como um mecanismo de proteção social, prevenindo condutas lesivas.

Por outro lado, a aplicação da teoria da culpa apresenta desafios práticos, especialmente na exigência de comprovação da culpa do agente causador. A dificuldade em provar a culpa pode prolongar o processo e dificultar o acesso à justiça para as vítimas. Carlos Roberto Gonçalves explica que a responsabilidade civil subjetiva é mais complexa

que a objetiva justamente por “exigir a prova da culpa, o que nem sempre é fácil para a vítima” (GONÇALVES, 2020, p. 78). Essa limitação contribuiu para o desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva, que dispensa a análise de culpa em determinadas situações, mas a teoria da culpa permanece predominante em muitos casos, especialmente nas relações extracontratuais e nas situações em que o dever de cuidado é um aspecto central.

Portanto, a teoria da culpa na responsabilidade civil desempenha um papel fundamental no direito brasileiro, ao impor o dever de reparação para aqueles que, por imprudência, negligência ou imperícia, causam danos a terceiros. A necessidade de comprovação de culpa reforça o princípio de que a responsabilidade deve ser proporcional ao comportamento do agente, assegurando justiça ao atribuir o dever de indenizar. Contudo, a doutrina aponta que, em alguns casos, a dificuldade de provar a culpa pode criar obstáculos para a reparação das vítimas, sugerindo um papel complementar da responsabilidade objetiva para atender às demandas da sociedade contemporânea.

1.3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA: O RISCO ADMINISTRATIVO

O advento do Código Civil de 2002 trouxe inovações relevantes, refletindo o impacto do constitucionalismo contemporâneo e a influência da dignidade da pessoa humana. O artigo 927 do novo código passou a prever a responsabilidade objetiva em casos especificados por lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Essa abordagem incorporou elementos da teoria do risco, deslocando o foco da culpa para a análise da atividade danosa.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2022), “a responsabilidade objetiva representa uma importante evolução, pois assegura maior

proteção às vítimas, especialmente em um contexto de relações sociais e econômicas complexas”.

A teoria da responsabilidade estatal é fundamentada no dever de reparação pelos danos causados pela atuação dos agentes públicos em nome do Estado. Desse modo, atualmente, no Direito Brasileiro, essa responsabilidade é majoritariamente objetiva, baseada no risco administrativo, o que significa que a vítima de um dano estatal não precisa comprovar dolo ou culpa para pleitear indenização; basta demonstrar onexo causal entre a ação ou omissão do agente público e o dano sofrido.

Nesse sentido, conforme demonstra Di Pietro:

A responsabilidade objetiva do Estado, derivada do risco administrativo, tem como finalidade primordial assegurar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos contra os atos abusivos ou negligentes da administração pública. (PIETRO, 2024, p. 259)

Diante disso, a doutrina nacional tem adotado essa teoria com a justificativa de que o Estado, ao deter o monopólio do poder e agir em nome do interesse coletivo, deve assumir a responsabilidade por eventuais danos causados à sociedade, como uma forma de proteger o cidadão e garantir a confiança nos serviços públicos.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado no Brasil está calcada no conceito de risco administrativo, segundo o qual o Estado, ao exercer seu poder e autoridade, assume o risco de causar danos a terceiros. Assim, sempre que o agente público, no exercício de suas funções, causar um dano, o Estado deverá indenizar a vítima, independentemente de dolo ou culpa. Essa teoria fundamenta-se no princípio da impessoalidade, uma vez que o cidadão lesado não deve arcar com os prejuízos decorrentes de uma atuação estatal em prol do interesse público (PIETRO, 2024, p. 267).

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que “a teoria do risco administrativo pressupõe que, em favor da segurança dos cidadãos

e da justiça, o Estado deve arcar com as consequências de seus atos, já que dispõe de recursos e instrumentos superiores para prevenir e remediar os danos” (BANDEIRA DE MELLO, 2024, p. 95). Essa teoria é amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, estando expressamente prevista na Constituição Federal, que dispõe sobre a responsabilidade objetiva do Estado e o direito de regresso contra o agente causador do dano em casos de dolo ou culpa

Diante disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou o entendimento de que a responsabilidade objetiva se aplica nas ações comissivas estatais, ou seja, nas condutas positivas que causem danos a terceiros. Em um exemplo paradigmático, o STF, no julgamento do RE 327.904, decidiu que “a teoria do risco administrativo é a base para a responsabilidade objetiva do Estado”:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa

e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, RE 327.904, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJ 08-09-2006)

Esse entendimento reafirma que o Estado deve responder pelos atos praticados em nome da administração pública, reforçando a importância da proteção dos direitos dos cidadãos.

Desse modo, a aplicação da teoria do risco administrativo, pode ser considerada a base da abordagem sobre a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, a qual será contextualizada no próximo capítulo.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A responsabilidade civil é um conceito fundamental no direito civil brasileiro, definindo as obrigações de um sujeito de reparar os danos causados a outro. Como exposto por Vanderlei Ramos, com base em Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil se origina do princípio de que “todo aquele que viola um dever jurídico, seja por ato lícito ou ilícito, deve arcar com a indenização pelo prejuízo causado” (RAMOS, 2024, p.5). Isso significa que qualquer violação de um dever jurídico, independentemente de ser intencional ou não, gera a obrigação de indenizar o dano causado.

Segundo a legislação brasileira, a responsabilidade civil é regida pelos princípios presentes no Código Civil, especialmente nos artigos 186 e 927. O artigo 186, por exemplo, estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

Assim, a lei prevê que qualquer conduta que infrinja direitos de terceiros, seja por negligência ou imprudência, gera o dever de reparação.

Com isso, a responsabilidade civil se divide em duas modalidades principais: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, as quais serão expostas a seguir.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA: FUNDAMENTOS E APLICAÇÕES

A responsabilidade civil subjetiva é baseada no princípio da culpa, ou seja, a obrigação de reparar o dano surge da comprovação de que o agente atuou com dolo ou culpa. No contexto brasileiro, a responsabilidade civil subjetiva fundamenta a ideia de que uma pessoa deve responder por seus atos quando eles derivam de comportamento negligente, imprudente ou imperito. Para Silvio de Salvo Venosa “a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é essencial para caracterizar a responsabilidade subjetiva” (VENOSA, 2020, p. 202).

Conforme Flávio Tartuce, a responsabilidade subjetiva é aplicável em situações como as relações contratuais e extracontratuais. Na área contratual, a culpa do devedor é presumida, especialmente nos casos de inadimplemento, conforme previsto no artigo 389 do Código Civil, que obriga a parte que descumpriu uma obrigação de reparar o dano causado ao credor. Nesse contexto, o autor observa que “nas relações contratuais, a responsabilidade subjetiva exige a demonstração de culpa para a caracterização do dever de indenizar” (TARTUCE, 2021, p. 235).

Outro exemplo relevante é o campo das relações extracontratuais, não qual a culpa deve ser demonstrada pela vítima para que o agente causador seja responsabilizado. A responsabilidade civil subjetiva aplica-se também em casos de acidentes de trabalho, conforme previsto na Lei nº 8.213/91, na qual o empregador só é responsabilizado mediante a comprovação de que o acidente ocorreu por negligência ou imprudência.

A doutrina destaca que a função preventiva da responsabilidade civil subjetiva também é importante, pois visa desestimular

comportamentos irresponsáveis. Conforme Silmara Juny de Abreu Chinellato “a responsabilidade subjetiva não apenas busca a peças do dano, mas também atua como um mecanismo de prevenção contra atos negligentes” (CHINELLATO, 2018, p. 215).

A comprovação da culpa é um elemento essencial para configurar a responsabilidade civil subjetiva, exigindo que seja demonstrado o nexo causal entre a ação do agente e o dano sofrido pela vítima. Venosa complementa que “a demonstração da culpa é imprescindível para configurar o dever de indenizar, diferenciando assim da responsabilidade objetiva, que prescinde da análise de culpa” (VENOSA, 2020, p. 202).

Portanto, a responsabilidade civil subjetiva, não permite uma completa responsabilização em casos que não há presença de culpa por parte do ofensor. Desse modo, para responsabilização do ente público, tal abordagem se demonstrou inadequada, pois não abrange todas as hipóteses de responsabilização do ente público, razão pela qual a responsabilidade objetiva, de forma acertada, foi incluída no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: FUNDAMENTOS E APLICAÇÕES

A responsabilidade civil objetiva, por outro lado, baseia-se na teoria do risco, segundo a qual aquele que realiza uma atividade arriscada deve responder pelos danos dela decorrentes, independentemente da culpa. Essa modalidade está expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro e aplica-se em diversas áreas, como a prestação de serviços públicos e as relações de consumo.

No Código Civil, a responsabilidade objetiva é abordada no artigo 927, parágrafo único, que determina que “terá obrigações de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Essa disposição reflete a aplicação da teoria do risco, na qual a criação de uma situação perigosa gera o dever de indenizar qualquer dano que ela decorra.

Conforme explica Sílvio de Salvo Venosa, “a responsabilidade objetiva prescinde da análise de culpa, bastando a existência do nexo causal entre a conduta e o dano” (VENOSA, 2021, p. 45).

Com isso, para a configuração da responsabilidade objetiva, é necessário apenas que haja uma relação direta entre a atividade do agente e o dano sofrido pela vítima. Gagliano e Pamplona Filho complementam que “a responsabilidade objetiva é essencial para garantir a proteção das vítimas de atividades perigosas, dispensando a prova de culpa” (PAMPLONA FILHO, 2021, p. 154).

Na área de consumo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) aplica a responsabilidade objetiva para proteger o consumidor, impondo que o fornecedor de serviços ou produtos repare os danos causados por avarias ou por falta de informação adequada, independentemente de culpa. Nesse sentido, prevê o artigo 14 do CDC, “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por danos relativos à prestação dos serviços”

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

como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam que “o regime de responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor visa proteger o consumidor ao transferir o risco do fornecedor para o consumidor, garantindo uma via célere de reposição dos danos sofridos” (NERY JR. E NERY, 2020, p. 454). Esse regime de responsabilidade objetivo permite ao consumidor buscar uma compensação de forma mais eficiente, sem a necessidade de demonstrar a culpa do fornecedor.

Outra mudança relevante foi a ampliação da tutela do dano moral, que passou a ser amplamente reconhecido e aplicado com o advento da Constituição Federal de 1988. O artigo 5º, inciso X, assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, garantindo indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

A responsabilidade objetiva aplicada nas relações ambientais é fundamentada no princípio do poluidor-pagador, previsto na Lei n.º 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente. De acordo com Édis Milaré, “a responsabilidade objetiva ambiental visa assegurar as peças integrais dos danos ambientais, independentemente da prova de culpa, garantindo que o poluidor repare os prejuízos causados ao meio ambiente” (MILARÉ, 2020, p. 623).

Dessa forma, qualquer agente causador de dano ambiental assume a obrigação de reparar os danos, promovendo uma abordagem mais rigorosa para a proteção do meio ambiente.

Por todo o exposto, a responsabilidade civil objetiva, demonstra-se essencial para que aqueles que violem direitos, independentemente de culpa, possam ser responsabilizados por tais atos, quando cabível.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS EXCLUDENTES DO NEXO DE CAUSALIDADE

Diante disso, no contexto do direito brasileiro, a responsabilidade civil é um mecanismo destinado à reposição de danos causados por atos ilícitos, sendo um dos elementos centrais para o funcionamento da justiça reparatória. O nexo de causalidade, que estabelece a ligação entre a conduta e o dano resultante, é essencial para a configuração da responsabilidade civil, tanto na esfera objetiva quanto na subjetiva. Segundo Maria Helena Diniz, “o vínculo entre o prejuízo e a ação se designa ‘nexo causal’, exigindo que o fato lesivo decorra diretamente da ação ou de uma consequência previsível dela” (DINIZ, 2022, p. 127). Esse vínculo é indispensável para que o agente causador do dano seja responsabilizado, formando o necessário para as peças.

Existem, entretanto, especificações específicas em que o nexo de causalidade pode ser rompido, o que leva à exclusão da responsabilidade do agente. Essas excludentes, que incluem o caso fortuito ou força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima, são fundamentais para um entendimento completo da responsabilidade civil, pois equilibram a proteção da vítima com a defesa do agente.

Nesse sentido, Tallis George Rodrigues esclarece que a caracterização do nexo causal é crucial, pois somente há o dever de indenizar se a conduta do agente tiver, de fato, causado o dano; caso contrário, não se poderá imputar a responsabilidade pela sua reparação (RODRIGUES, 2021, p. 54).

Concomitantemente, o caso fortuito e a força maior são excludentes clássicos do nexo causal, configurando-se como eventos inevitáveis e imprevisíveis que afastam a responsabilidade do agente. Flávio Tartuce explica que “caso fortuito é o evento totalmente imprevisível resultante de ato humano ou característico natural; já a força maior refere-se a um evento previsível, mas irresistível, que não pode ser evitado” (TARTUCE, 2021, p. 455). Essas situações estão previstas no artigo 393 do Código Civil, que dispõe que “o devedor não

responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, salvo se houver responsabilidade expressamente assumida”

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2002).

Esses eventos, por sua natureza, quebram o vínculo entre a conduta do agente e o dano causado, eximindo-o da responsabilidade de indenizar. Exemplos práticos incluem desastres naturais ou acidentes imprevisíveis que ocorrem sem que o agente possa ter evitado ou controlado o evento, sendo esses entendimentos amplamente aceitos na doutrina e diretiva.

Quanto a culpa exclusiva da vítima, essa ocorre quando o próprio ofendido atua de forma imprudente ou negligente, sendo essa conduta a única causa do dano sofrido. Conforme demonstra Flávio Tartuce, “quando o dano resulta exclusivamente da culpa da vítima, o nexo de causalidade é rompido, afastando a responsabilidade do agente” (TARTUCE, 2021, p. 250). Esse princípio aplica-se em situações em que a ação imprudente ou negligente da vítima é o fator direto e único para a ocorrência do dano, sem contribuição do agente.

Um exemplo dessa exclusão pode ser aplicado nas decisões da Justiça do Trabalho. Em um caso analisado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, o tribunal concluiu que, “na medida em que o empresário deixa de observar normas de segurança, assumindo o risco de um resultado lesivo à sua integridade física, caracterizando-se a sua ‘culpa exclusiva’, eximindo a empresa da obrigação de indenizar”.

ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA
DA VÍTIMA/EMPREGADO. EXCLUDENTE DA

RESPONSABILIDADE CIVIL. O dever de indenizar que se impõe ao ofensor decorre do nexo de causalidade entre o ato – ilícito – praticado por ele e o prejuízo (material e/ou imaterial) que veio a ser suportado pelo ofendido. Na medida em que o empregado deixa de observar as normas de segurança da “empresa”, assumindo, por conta própria e mediante ato imprudente, o risco do resultado lesivo contra a sua integridade física, bem se caracteriza a sua “culpa exclusiva”, eximindo as reclamadas do dever de “indenizar”. (TRT-1 – RO: 01000179220175010067 RJ, Relator: ROQUE LUCARELLI DATTOLI, Data de Julgamento: 03/09/2019, Oitava Turma, Data de Publicação: 21/09/2019).

A terceira exclusão do nexo causal é o fato de terceiro, que ocorre quando o dano é causado exclusivamente pela ação de um terceiro alheio ao agente. De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a intervenção de um terceiro como causa única do dano pode romper o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2020, p. 176).

Esse entendimento é corroborado pelas autoridades do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que em acórdão recente decidiu que:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. ARREMESSO DE PEDRA DE FORA DA COMPOSIÇÃO FÉRREA. LESÃO EM PASSAGEIRO. FATO DE TERCEIRO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, **“por se tratar de fortuito externo, não se incluindo nos riscos normais da atividade de transporte, não pode a transportadora ser responsabilizada pelo dano causado ao passageiro que é atingido por objeto arremessado por terceiro, fora da composição**

ferroviária, havendo, pois, exclusão do nexo de causalidade nessa hipótese” (AgInt nos EREsp n. 1.325.225/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016). 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 1.562.554/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/3/2020, DJe de 26/3/2020.)

Além das excludentes tradicionais, o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro vem liberar outras situações que podem afastar o nexo causal. Um exemplo é a “teoria da perda de uma chance”, onde a responsabilidade do agente não decorre do dano final em si, mas de uma oportunidade perdida pela vítima devido à conduta do agente. Carlos Roberto Gonçalves explica que “a teoria da perda de uma chance analisa o nexo causal com base na possibilidade de um resultado diferente que foi perdido pela vítima, sendo essa oportunidade perdida o objeto da reposição” (GONÇALVES, 2021, p. 341). Se essa chance não pode ser diretamente atribuída ao agente, o nexo causal pode ser excluído, afastando a responsabilidade.

No campo das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) também prevê excludentes de responsabilidade, especificando, no artigo 14, §3º, que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou que a culpa seja exclusiva do consumidor ou de terceiros”

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

(BRASIL, 1990).

Essa norma visa proteger o fornecedor em casos em que o dano não decorra de sua responsabilidade direta.

É importante ressaltar que, para que os excludentes de responsabilidade sejam aceitos, o ônus da prova recai sobre o agente, que deve demonstrar que o dano causado exclusivamente por um desses fatores excludentes. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que “a prova do dano como resultado exclusivo de uma das excludentes é indispensável para afastar a responsabilidade civil do agente” (NERY JR. E NERY, 2021, p. 463).

Esses excludentes desempenham um papel essencial para a aplicação justa da responsabilidade civil, protegendo o agente de imputações indevidas e assegurando que os componentes sejam devidos apenas quando o nexo causal for estabelecido de forma inequívoca.

2.4 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DE OMISSÃO

A responsabilidade civil do Estado também pode resultar de omissões, que são caracterizadas pela inércia ou deficiência de atuação estatal em situações onde há um dever de agir. A responsabilidade por omissão é geralmente subjetiva, exigindo a comprovação de culpa, visto que se trata da ausência de uma conduta que poderia ter evitado o dano. Contudo, essa omissão pode ser comprovada a partir de duas vertentes: omissão genérica e omissão específica.

A omissão genérica ocorre quando o Estado falha em cumprir seus deveres gerais de segurança e manutenção da ordem, que são direitos garantidos a todos os cidadãos, conforme previsto no artigo

144 da Constituição Federal de 1988. No entanto, essa responsabilidade exige a demonstração de uma falha ou falha estrutural nos serviços públicos, como a omissão de ações preventivas para evitar enchentes ou a ausência de policiamento em áreas vulneráveis.

Em consonância a tal entendimento GASPARINI (2017, p. 142) explica que, para caracterizar a omissão genérica, “é necessário demonstrar que o Estado falhou de forma ampla e sistêmica na sua obrigação de zelar pelo bem-estar público”. Por exemplo, em casos de enchentes que provoquem danos aos moradores de uma cidade, o Estado pode ser responsabilizado se permanecer firme que negligenciou a manutenção e limpeza de canais de escoamento ou sistemas de drenagem.

Portanto, para a configuração da responsabilidade estatal em omissão genérica, deve ficar comprovado que o serviço público não foi atendido, trabalhado de maneira defeituosa ou foi prestado de forma insuficiente.

A omissão específica, por outro lado, envolve um dever mais específico de proteção por parte do Estado, direcionado diretamente para um indivíduo ou grupo que está sob tutela estatal. Esse tipo de omissão abrange situações em que o Estado, ao assumir o dever de proteção sobre determinada pessoa ou grupo, falha em garantir a segurança ou o bem-estar destes. Exemplos de omissão específica incluem falha na proteção de detentos sob custódia ou alunos em uma escola pública.

Conforme MEIRELLES (2020, p. 107), “a omissão especificamente implica uma responsabilidade do Estado diante de um dever de cuidado em relação a situações ou indivíduos que estão sob sua proteção direta”. Um exemplo prático dessa situação é o caso de detenções sob custódia que sofrem agressões ou morrem devido à falta de vigilância, em que o Estado é obrigado a indenizar as famílias por falha no dever de proteção

Além disso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro complementa que, para caracterizar a omissão específica, “é preciso demonstrar que o Estado, ao assumir a tutela de determinados indivíduos, não é atuante

de forma a evitar o risco previsível de danos, configurando negligência no seu dever de cuidado” (PIETRO, 2024, p. 251)

Fica evidente que a responsabilidade por omissão é essencial para que o dever estatal de garantidor do bem-estar social possa ser efetivado, atuando tanto de forma genérica, em casos de direitos coletivos, como também em direitos individuais, do qual trata a forma específica, sendo um meio institucional para vincular o Estado a atuar constantemente para cumprir suas obrigações e garantir direitos a toda coletividade.

Verifica-se, portanto, que nos últimos anos, o Direito Civil brasileiro tem enfrentado novos desafios, como a responsabilidade por danos ambientais, relações de consumo e a revolução tecnológica. A legislação consumerista, por exemplo, adotou uma abordagem protetiva, prevendo a responsabilidade objetiva para fornecedores de produtos e serviços, conforme estabelecido no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

A evolução da responsabilidade civil na legislação brasileira reflete um movimento de ampliação das formas de proteção aos direitos dos indivíduos e da coletividade. Desde sua fundação na ideia de culpa, passando pela adoção da teoria do risco e pela valorização do dano moral, até a incorporação de novas demandas sociais, o Direito Civil brasileiro demonstra sua capacidade de adaptação frente às transformações da sociedade.

3. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A responsabilidade da administração pública está diretamente associada à obrigação do Estado de zelar pelo bem-estar da população, garantindo a segurança, a eficiência e a qualidade dos serviços prestados. Essa responsabilidade é distribuída entre os entes federativos, como prestadoras de serviços públicos, como obras públicas e até mesmo atos legislativos e judiciais. Neste capítulo,

analisaremos a responsabilidade de cada setor, abordando casos práticos para ilustrar as aplicações desses conceitos.

3.1 RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS

A responsabilidade dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) está prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que determina a responsabilidade objetiva desses entes em casos de danos causados a terceiros. Dessa forma, para a configuração da responsabilidade civil dos entes federativos, basta que se comprove o nexo causal entre a atuação do ente público e o dano sofrido, dispensando a necessidade de comprovação de culpa ou dolo (BRASIL, 1988).

Um caso real de responsabilização do Estado pela prestação de serviço público ocorreu em São Paulo, relacionado à falta de segurança pública. Em uma ação movida por jornalistas feridos em uma operação policial, o Estado foi responsabilizado pela imperícia na prestação de segurança. Esse caso específico envolveu a decisão de que o Estado deveria indenizar os jornalistas, com base na responsabilidade objetiva do poder público pela imperícia ou imprudência, pois descaracterizaram o teor não letal do armamento utilizado, conforme demonstra a ementa infracitada:

EMENTA. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PROFISSIONAL DE IMPRENSA FERIDO, EM SITUAÇÃO DE TUMULTO, DURANTE COBERTURA JORNALÍSTICA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O Estado responde civilmente por danos causados a profissional de imprensa ferido pela polícia, durante cobertura jornalística de manifestação popular. A apuração da responsabilidade dá-se na forma da teoria do risco administrativo, pacificamente aceita

pela jurisprudência e pela doutrina. 4. A atuação dos profissionais de imprensa na apuração de informações relevantes para a sociedade é tutelada pela Constituição, não podendo ser alegada pela afastar a responsabilidade civil do Estado. 5. O pedido de pensão mensal vitalícia merece ser atendido, em face do grave comprometimento do exercício da atividade de fotojornalismo, após ter o autor perdido 90% da visão em um dos olhos. Já o valor fixado a título de indenização pelos danos morais mostra-se alinhado aos parâmetros adotados pela jurisprudência brasileira em casos análogos, não cabendo sua elevação. 6. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. Tema 1055, fixada a seguinte tese de repercussão geral: **“É objetiva a Responsabilidade Civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido por agentes policiais durante cobertura jornalística, em manifestações em que haja tumulto ou conflitos entre policiais e manifestantes.** Cabe a excludente da responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, nas hipóteses em que o profissional de imprensa descumprir ostensiva e clara advertência sobre acesso a áreas delimitadas, em que haja grave risco à sua integridade física”. (STF, RE 1.209.429, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, 2021) – GRIFO NOSSO

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem consolidado o entendimento de que o Estado pode ser responsabilizado objetivamente quando fica comprovada a omissão em seus deveres constitucionais de segurança. Em situações onde o poder público tem conhecimento de atividades perigosas e não toma providências, essa omissão pode resultar em responsabilidade civil.

Esse precedente reafirma a ideia de que a prestação de serviços públicos essenciais, como a segurança, está sujeita à responsabilidade objetiva do Estado quando ocorre falha em proteger adequadamente a população, especialmente em áreas reconhecidas como de risco. Essa decisão serve de referência para casos de omissão ou ineficácia

na prestação de serviços públicos, incluindo segurança, saúde e infraestrutura, e reforça o compromisso do Estado com a proteção da integridade e dos direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, Di Pietro observa que:

(...)a responsabilidade dos entes federativos está atrelada ao seu dever de garantir a segurança e a proteção de seus cidadãos, especialmente em casos em que o dano era previsível e evitável por meio de ações administrativas. PIETRO (2024, p. 268)

Portanto, a responsabilidade civil dos entes federativos está atrelada as garantias constitucionais e se mostra aparente em momentos em que o estado afronta esses direitos, ou não cumpre efetivamente os seus deveres, cabendo também a aplicação do Risco Administrativo nesses casos, para que os cidadãos prejudicados possam ser devidamente reparados e o ente responsabilizado.

3.2 RESPONSABILIDADE DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

A responsabilidade das prestadoras de serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro é um tema de grande relevância, especialmente em função do impacto direto que essas atividades exercem sobre os direitos dos cidadãos e a ordem econômica.

A responsabilidade das prestadoras de serviço público, incluindo empresas privadas que exercem atividades delegadas pelo Estado, também é objetiva. De acordo com o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, as empresas que prestam serviços públicos respondem pelos danos causados por seus agentes na execução desses serviços, independentemente de culpa.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, um caso recente, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo a responsabilidade de prestadores de serviço público em rodovias. No caso em questão, foi firmada a tese que “As concessionárias de rodovias respondem, independentemente da existência de culpa, pelos danos oriundos de acidentes causados pela presença de animais domésticos nas pistas de rolamento, aplicando-se as regras do Código de Defesa do Consumidor e da Lei das Concessões”. A explicação baseia-se na responsabilidade objetiva da empresa como prestadora de serviço público, com obrigações de garantir a segurança e evitar riscos associados às suas operações (STJ, Tema Repetitivo 1122,2020).

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.
RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS
DE RODOVIAS POR ACIDENTES CAUSADOS PELO
INGRESSO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS NA PISTA DE
ROLAMENTO (TEMA 1.122). RESPONSABILIDADE
INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA.
APLICAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
INCIDÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS PADRÕES
DE SEGURANÇA PREVISTOS NOS CONTRATOS
DE CONCESSÃO. INSUFICIÊNCIA. TEORIA DA
CULPA ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE.

PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DA SOLIDARIEDADE E DA PRIMAZIA DO INTERESSE DA VÍTIMA. APLICAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS ENTES PÚBLICOS. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor aos casos de reparação de danos oriundos de acidentes causados pelo ingresso de animais domésticos nas faixas de rolamento das rodovias objeto de contrato de concessão.

2. A concessionária responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos sofridos pelo usuário, sem prejuízo da observância dos padrões mínimos de segurança previstos no contrato, sendo inaplicável a teoria da culpa administrativa.

3. O princípio da primazia do interesse da vítima, decorrente do princípio da solidariedade, impõe a reparação dos danos independentemente da identificação do proprietário do animal cujo ingresso na rodovia causou o acidente.

4. O dever de fiscalização dos entes públicos não afasta a responsabilidade civil das concessionárias, nos termos do art. 25 da Lei das Concessões.

5. Tese fixada: “As concessionárias de rodovias respondem, independentemente da existência de culpa, pelos danos oriundos de acidentes causados pela presença de animais domésticos nas pistas de rolamento, aplicando-se as regras do Código de Defesa do Consumidor e da Lei das Concessões”. (STJ, REsp 1.908.738/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2024).- GRIFO NOSSO

Com isso, conforme demonstra:

(...) as empresas prestadoras de serviços públicos, mesmo que privados, assumem um compromisso de proteção ao interesse coletivo, sendo responsabilizadas de forma objetiva por qualquer

falha que resulte em danos à população (GASPARINI, 2017, p.159).

Embora a regra geral seja a responsabilidade objetiva, algumas situações específicas exigem a comprovação de culpa. Por exemplo, no caso de interrupções no fornecimento de serviços essenciais, como energia elétrica ou água, a responsabilidade pode ser atenuada se houver comprovação de caso fortuito ou força maior. Segundo Oliveira (2019), “a distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva é crucial para evitar abusos e assegurar que as prestadoras possam operar dentro de limites razoáveis”.

A relação entre prestadoras de serviços públicos e os usuários também é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). O artigo 22 do CDC estabelece que os fornecedores de serviços públicos devem garantir sua prestação de forma adequada, eficiente, segura e, no caso de descumprimento, responder pelos danos causados (BRASIL, 1990). Essa legislação reforça o caráter protetivo do ordenamento jurídico em relação ao consumidor.

Um exemplo frequente de responsabilidade das prestadoras de serviços públicos ocorre no setor de transporte coletivo, onde a jurisprudência reconhece a obrigação de indenização em casos de acidentes ou interrupção inadequada do serviço. Além disso, o crescente uso de tecnologias e a digitalização dos serviços impõem novos desafios, como a proteção de dados pessoais e a responsabilidade por falhas tecnológicas.

A responsabilidade das prestadoras de serviços públicos no Brasil reflete a busca por um equilíbrio entre a necessidade de garantir a eficácia dos serviços essenciais e a proteção dos direitos dos cidadãos. A evolução legislativa e jurisprudencial tem contribuído para fortalecer esse compromisso, embora novos desafios demandem atualizações constantes no ordenamento jurídico.

3.3 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DE OBRAS PÚBLICAS

As obras públicas, quando mal executadas ou supervisionadas, podem gerar riscos e prejuízos para a população, e, nesses casos, o Estado responde objetivamente. A responsabilidade em obras públicas envolve tanto o dever de fiscalizar a execução adequada quanto o compromisso de garantir a segurança dos cidadãos no entorno dessas obras.

Um exemplo de responsabilidade estatal por obras públicas ocorreu no desabamento de um viaduto em Belo Horizonte, durante a Copa do Mundo de 2014, que resultou em mortes e ferimentos graves. O município foi responsabilizado por falhas de fiscalização e pela não observância de padrões de segurança, resultando em uma denúncia a indenizar as vítimas e suas.

Em uma das ações indenizatórias imputadas contra o estado, em sentença condenatória, o juiz responsável pelo processo nº 5159977-72.2016.8.13.0024, Dr. Thiago Grazziane Gandra, fundamentou sua decisão da seguinte forma:

Sabe-se que o dever de indenizar, em linhas gerais, surge da comprovação do dano, da conduta do agente e do nexo de causalidade entre ambos. Deveras, estabelece o art. 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, por força do art. 927 do mesmo diploma legal “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A tais disposições estão submetidas pessoas jurídicas de direito privado CONSOL e COWAN. À seu turno, está submetido o Município de Belo Horizonte ao disposto no art. 37, parágrafo sexto, da Constituição da República de 1988, seguindo o qual basta a ocorrência do fato administrativo (ainda que lícito), e dos danos dele decorrentes para surgir o dever de indenizar por parte do ente público. (GANDRA, TJMG,

2023, Processo nº 5159977-72.2016.8.13.0024, Data de Publicação: 03/10/2023)

Junto a isso, para ilustrar a responsabilidade do Município, utilizou-se dos seguintes argumentos:

A responsabilidade objetiva da Administração é adequada tanto para a hipótese em que o dano deriva do fato da obra, quanto da falha na execução, tendo em vista que ao Poder Público não é dada a possibilidade de transferir o risco administrativo que recai sobre suas atividades típicas. (...) O Viaduto dos Guararapes, ressalta-se, é obra pública contratada pelo Município de Belo Horizonte. Apesar de todos os seus esforços argumentativos para se esquivar da responsabilidade civil decorrente da queda do viaduto, o ente público não conseguiu demonstrar nenhum fato que dispensasse seu dever de fiscalizar a obra. (GANDRA, TJMG, 2023, Processo nº 5159977-72.2016.8.13.0024. Data de Publicação: 03/10/2023).

Desse modo, no presente caso, foi aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, de forma que bastante a comprovação do dano e o nexo causal entre a ação do município, que neste caso, falhou em fiscalizar a obra e o desastre ocorrida que prejudicou também a autora da ação, enseja a responsabilidade civil do ente, aplicando de forma correta o art. 37, § 6º, da Constituição, no caso supracitado.

Em consonância, Meirelles destaca que “o dever de fiscalização e de garantir a segurança em obras públicas é essencial para evitar danos previsíveis e proteger a integridade física e patrimonial da população” (MEIRELLES, 2016, p. 111).

Portanto, mesmo que o ente federativo não seja o principal executor das obras públicas de sua competência, o mesmo está responsabilizado pela sua fiscalização, fato esse, onde pode ser

aplicável a responsabilidade civil do ente na execução de obras públicas.

3.4 RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS E JUDICIAIS

A responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais é um tema que ganha cada vez mais relevância no Direito brasileiro, em especial no contexto da busca pela efetivação dos direitos fundamentais e pela eficácia do princípio da legalidade. Embora a ideia de que o Estado possa responder por danos decorrentes de tais atos não seja amplamente aceita em sua plenitude, a doutrina e a jurisprudência têm apontado para situações específicas em que essa responsabilidade se concretiza.

No que diz respeito à responsabilidade por atos legislativos, a regra geral é a inexistência de responsabilidade estatal pela edição de leis em sentido amplo. Contudo, há exceções importantes, sobretudo quando se trata de normas declaradas inconstitucionais ou leis omissivas que prejudiquem direitos dos cidadãos. Segundo Oliveira (2019), “a responsabilidade do Estado por ato legislativo pode ser reconhecida quando a edição da norma fere diretamente a Constituição, causando prejuízos concretos”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem admitido, por exemplo, a possibilidade de responsabilização do Estado em casos de mora legislativa, como ocorre nas situações em que o poder público deixa de regulamentar dispositivos constitucionais indispensáveis para a efetivação de direitos fundamentais. A jurisprudência tem reconhecido que, nesses casos, a omissão legislativa pode ensejar a obrigação de indenizar.

A responsabilidade legislativa é considerada nos casos em que uma norma, posteriormente declarada inconstitucional, resulte em prejuízos materiais ou morais aos indivíduos. Por exemplo, a edição de uma lei que aumenta tributos de forma inconstitucional e

exija devolução de valores pagos indevidamente pode configurar a responsabilidade do ente legislativo.

A responsabilidade do Estado por atos judiciais é outro campo controverso e delicado. Em regra, o Estado não responde por decisões judiciais, considerando-se a autonomia e a independência do Poder Judiciário. Todavia, essa imunidade não é absoluta. Casos de erro judiciário ou manifesta negligência de agentes judiciais podem ensejar a responsabilização do Estado.

Nesta toada, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXV, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, bem como o que ficar preso além do tempo estabelecido na sentença” (BRASIL, 1988). Assim, a responsabilidade por atos judiciais é limitada a erros comprovados ou detenção injusta. Em 2018, um cidadão condenado injustamente no Rio de Janeiro foi indenizado por erro judicial, após comprovação de que havia meses passados preso injustamente, conforme demonstrado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004196-23.2017.8.19.0063
APELANTE: FREDERICO DA SILVA COSTA
APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO RELATOR:
DESEMBARGADOR ALEXANDRE FREITAS
CÂMARA Direito Administrativo. Direito Civil.
Responsabilidade civil do Estado. Prisão cautelar seguida de absolvição. Causa de pedir do autor que se revela complexa, abrangendo tanto falhas na atividade policial como erros judiciais posteriores. Embora não se possa, por si só, qualificar como erro judiciário a manutenção de prisão cautelar em desfavor de réu posteriormente absolvido – e nesse ponto assiste razão ao juízo de primeiro grau –, não se pode eximir o Estado de responder objetivamente por arbitrariedades cometidas na fase investigatória, e que, sem dúvida alguma, contribuíram para a perseguição e custódia indevidas do autor. Erro material do policial que prestou depoimento e que culminou na prisão do

autor. Ilícitos estatais que não consistem em erros judiciários, mas sim em falhas na investigação. Necessidade de que se reconheça o papel decisivo dos órgãos de polícia judiciária, e não só do Poder Judiciário, na adequada persecução penal. Responsabilidade objetiva que se reconhece. Dano moral existente. Fixação do valor compensatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Provimento do recurso. (FREITAS, Câmara. TJRJ, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004196-23.2017.8.19.0063, 2020) **(Grifo nosso)**

Desse modo, PIETRO demonstra algumas hipóteses aonde pode ser inserida a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, conforme exposto a seguir:

Maria Emília Mendes Alcântara (1986:75-79) menciona várias hipóteses em que o ato jurisdicional deveria acarretar a responsabilidade do Estado: prisão preventiva decretada contra quem não praticou o crime, causando danos morais; a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte. A própria concessão de liminar ou de medida cautelar em casos em que não seriam cabíveis pode causar danos indenizáveis pelo Estado. Apenas para o caso de dolo, fraude, recusa, omissão, retardamento injustificado de providências por parte do juiz, o art. 133 do CPC anterior previa a sua responsabilidade pessoal por perdas e danos. O art. 143 do CPC atual determina, de forma análoga, que “o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”. (PIETRO, 2024, p. 747)

Essa previsão reflete a preocupação com a garantia de direitos fundamentais, especialmente em situações de grave violação como prisões indevidas ou condenações equivocadas.

Segundo Meirelles (2020), “a responsabilidade do Estado por atos judiciais decorre da aplicação do princípio da responsabilidade objetiva, fundamentado no artigo 37, § 6º, da Constituição, em casos de erro escandaloso ou manifestação de arbitrariedade”.

Tanto no âmbito legislativo quanto no judicial, a aplicação da responsabilidade estatal encontra limites importantes. O princípio da separação dos poderes impede uma expansão indiscriminada dessa responsabilização, garantindo que as funções legislativas e judiciais possam ser exercidas com a autonomia necessária.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que não é admissível que erros graves ou omissões injustificáveis permaneçam sem consequências, principalmente quando causam danos irreparáveis aos cidadãos. Como destaca Bandeira de Mello (2021), “a responsabilidade estatal, mesmo em funções tão sensíveis, é um desdobramento do Estado Democrático de Direito e da proteção à dignidade da pessoa humana”.

Com base em tais fatos, é possível concluir que mesmo de forma mais restrita, os entes podem ser responsabilizados por atos legislativos e jurisdicionais, em acordo com as hipóteses previstas em lei, devendo ser assegurado ao cidadão o seu direito a indenização no momento em que esses atos violarem seus direitos.

A responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais é um campo que reflete a complexidade do equilíbrio entre a autonomia dos poderes e a proteção dos direitos fundamentais. Enquanto os limites para a responsabilização estatal são necessários para garantir a funcionalidade do Estado, é igualmente imprescindível assegurar que cidadãos prejudicados por atos legislativos ou judiciais injustos tenham acesso à devida reparação.

Diante disso, é perceptível que a responsabilidade civil é essencial para a efetivação dos princípios constitucionais e para a responsabilização dos ofensores, assegurando ao cidadão o direito de

receber a contraprestação necessária nos momentos em que o Estado ou seus agentes violarem ou deixarem de cumprir com as prerrogativas presentes no ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado é um pilar essencial para a proteção dos direitos dos cidadãos e para o fortalecimento do Estado de Direito no Brasil. Ao longo deste trabalho, ficou evidente que o dever de reparar os danos causados por ações ou omissões de seus agentes reforça a confiança pública na administração estatal e assegura a efetivação dos princípios constitucionais, sobretudo os de justiça e de proteção à dignidade humana.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, ao adotar a responsabilidade objetiva do Estado, estabeleceu um grande avanço jurídico, ao priorizar a reparação célere e eficaz dos danos causados a terceiros, sem exigir a comprovação de culpa para os atos comissivos.

Em contrapartida, a análise revelou, que a responsabilização estatal apresenta nuances importantes, diferenciando-se em responsabilidade objetiva e subjetiva conforme a natureza do ato praticado. Enquanto a responsabilidade objetiva fundamenta-se na teoria do risco administrativo, prescindindo de culpa para casos em que o agente público causa diretamente o dano, a responsabilidade subjetiva exige a comprovação de dolo ou culpa, como também, em situações de omissão, quando o Estado falha em garantir a segurança ou o bem-estar de cidadãos sob sua proteção.

Outro ponto fundamental abordado foi a aplicação das excludentes do nexu causal, como caso fortuito, força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima, que limitam a responsabilização do Estado em situações específicas. Essas excludentes permitem que a administração pública seja protegida de eventos imprevisíveis e inevitáveis, sem, no entanto, eximir-se do seu dever de zelar pelos direitos dos cidadãos. A jurisprudência e a doutrina brasileiras têm

desempenhado um papel fundamental na consolidação dessas excludentes, garantindo que sejam aplicadas de forma equitativa e justa, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Portanto, conclui-se que a responsabilidade civil do Estado brasileiro, ao ser estruturada de modo a considerar as especificidades de cada caso e a equilibrar os interesses do cidadão e da administração pública, contribui para um sistema de justiça mais justo e eficiente. Esse modelo de responsabilidade, além de proteger os indivíduos de danos indevidos, também impõe à administração pública um nível elevado de responsabilidade e transparência em suas atividades, reforçando a confiança da sociedade nas instituições estatais.

Por todos esses fatores, com base nos conceitos expostos e na demonstração de casos reais, ficou evidente a importância do estudo da responsabilidade civil do Estado e de suas excludentes para o desenvolvimento de uma justiça reparatoria eficaz, que assegure proteção e segurança jurídica aos cidadãos. No entanto, para galgar a contínua evolução, cabe ao Estado e a seus agentes continuar aprimorando suas práticas e políticas, promovendo uma atuação preventiva e diligente, com vistas a minimizar os danos e a garantir uma administração pública comprometida com a ética, a eficiência e a dignidade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2024.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 dez. 2024.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html. Acesso em: 08 nov. 2024.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.html. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em : <https://www.planalto.gov.br> . Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. **Lei da Política Nacional do Meio Ambiente** (Lei nº 6.938/1981). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 dez. 2024.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

FREITAS, Câmara. TJRJ, 2020, **APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004196-23.2017.8.19.0063**. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/jurisprudencia>. Acesso em 7 nov 2024

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GANDRA, TJMG, 2023, **Processo nº 5159977-72.2016.8.13.0024**. Disponível em: <https://pje.tjmg.jus.br/pje/login.seam>. Acesso em 8 nov 2024.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MELLO, Caio Tácito. **Responsabilidade do Estado e Direitos Individuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco Jurídico Econômico e Social**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OLIVEIRA, Rafael. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. **38^a edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. pág.747. ISBN 9786559649440. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649440/>. Acesso em: 08 nov. 2024.

RAMOS, Marçal Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2024.

RODRIGUES, Tallis George. **Teoria Geral da Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 7. ed. São Paulo: Método, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2021.