

ANO XIV - Nº 19

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS



Escola Superior do
Ministério Público
CESAF - ESMP



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional- Escola
Superior do Ministério Público

Luciano Cesar Casaroti
Procurador-Geral de Justiça

Marco Antonio Alves Bezerra
Corregedor-Geral

Ficha Técnica:

Diretora-Geral
Cynthia Assis de Paula
Promotora de Justiça

Vice-Diretora-Geral
Maria Cotinha Bezerra Pereira

Editora-Chefe
Cynthia Assis de Paula
Promotora de Justiça

Conselho Editorial
Ana Paula Reigota Ferreira Catini
Cleivane Peres dos Reis
Diego Nardo
José Maria da Silva Junior
Marco Antonio Alves Bezerra
Rodrigo Alves Barcellos
Octahydes Ballan Junior

Revisão linguístico-textual
Cleivane Peres dos Reis
Keila Fernandes Santos
Luciana Duailibe

Diagramação e Formatação
Randolfo Corrêa
Fernando Antonio Garibaldi Filho

Cynthia Assis de Paula
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano XIV - nº 19

Palmas, Tocantins
2021

©2021, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano XIV nº 19 2021

R454 Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins
[Recurso eletrônico] /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - Escola Superior
do Ministério Público. - v. 1, n, 1 (jan./dez. 2008)
Palmas : CESAF / ESMP, 2021.

214 p.

Anual

2008-2021 (1 – 19)

2021 (19)

e-ISSN : 2763-5910

1. Direito – Periódicos. 1. Pesquisa jurídica. I. Título. II. Tocantins (Estado).
Ministério Público.

CDU 34(05)

CDD 340.05

Catálogo da publicação – Cacilda Martins Madureira CRB-2 – 0561

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins. É permitida a reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes. A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria-Geral de Justiça
Qd 202 Norte, Av. LO 4, Conj. 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600

www.mpto.mp.br - cesaf@mpto.mp.br

Editorial

O lançamento desta edição da Revista Jurídica do CESA-ESMP será feito ainda durante a pandemia do coronavírus (COVID -19) que assola o planeta e que causou a morte de milhões de pessoas, dentre as quais alguns membros e servidores do Ministério Público do Tocantins.

Resgatar a memória dos Promotores de Justiça, José Kasuo Otsuka e Lucídio Bandeira Dourado e dos servidores, Herber Ricardo da Cruz Almeida, João Aires Martins e José Pereira de Oliveira e reafirmar a solidariedade para com seus familiares, amigos e colegas significa compartilhar a dor da perda, a tristeza da separação, mas, também, a força e o dever institucional de seguir adiante na missão de, no caso do CESA-ESMP, promover instâncias de ensino com ênfase no aprimoramento funcional.

Comemoramos mais um passo importante na consolidação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPTO, agora Escola Superior credenciada junto ao Conselho Estadual de Educação, com sua primeira Pós-Graduação em execução.. Nesta nova etapa da nossa Escola, novos desafios são colocados para a Revista Jurídica, dentre os quais o de buscar mais interação institucional e exogenia dos textos, o que ensinará múltiplas visões sobre os mais diversos temas, em consonância com as diretrizes que o Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) estabelece como caminho a ser trilhado rumo ao futuro.

Nesta edição, trouxemos artigos de temáticas atuais ao Ministério Público e ao meio jurídico. Sobre os sempre polêmicos temas de controle pelo Ministério Público de políticas públicas e da correta aplicação dos recursos públicos, os textos:

“Breves considerações sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a atuação do Ministério Público” trata sobre as diversas obrigações estabelecidas para o poder público, o setor empresarial e a coletividade, bem como o papel do Ministério Público no cumprimento das diretrizes a serem adotadas na gestão dos referidos resíduos sólidos urbanos;

“Contratação de artistas por inexibibilidade de licitação: cautelas e pressupostos legais” enfatiza a importância de se conhecer, em profundidade, os requisitos e pressupostos legais e constitucionais que permitem a contratação direta de artistas, mediante processo de inexibibilidade de licitação, a par do ineditismo traz indicações práticas e reflexões que continuam atuais a uma questão de máximo interesse público e presente na gestão pública.

“Efetividade da tutela jurídica do idoso e a responsabilidade civil do estado” analisa os direitos essenciais dos idosos e a possível reparação do Estado, em sede de responsabilidade, nos casos de ilícito civil pela prestação inefetiva, ou ainda pela omissão da prestação dos serviços públicos.

Sobre as grandes transformações promovidas na sociedade pela Revolução Tecnológica que atinge também as relações jurídicas e concepções de direitos os textos:

“Análise do conflito entre a privacidade do falecido e a sucessão dos herdeiros na herança digital” verifica a viabilidade de transferência dos bens acumulados em rede, integrantes da herança digital, aos herdeiros, destacando a deficiência dos projetos legislativos relacionados ao tema, assim como o carecimento da legislação vigente para a solução da controvérsia a respeito do embate entre o direito sucessório e o direito à privacidade.

“O impacto dos marketplaces digitais na responsabilidade civil” analisa os tipos de responsabilidade civil que são adotados nos ambientes digitais de comércio, os limites das responsabilizações diante de situações de danos sofridos entre as partes envolvidas e como são realizadas as materializações de provas nesses ambientes. Há também artigo “Avaliação da atuação do CNJ na última década”, que discorre sobre o amadurecimento do CNJ como um órgão de controle sobre a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário a partir da leitura e análise do Plano estratégico Institucional e planos de metas estabelecidos.

Na seara penal, “Reflexões sobre o processo penal contemporâneo: verdade real versus verdade processual” aborda o processo penal contemporâneo, investigando a relação entre *verdade real e verdade processual*, dando enfoque à figura dos sujeitos processuais, com ênfase nos sujeitos principais (acusador, defensor e magistrado) e ao papel deles em âmbito processual penal.

Por fim, a temática da pandemia da Covid-19 e suas consequências jurídicas é abordada no artigo “A Revisão Geral anual do subsídio de vereadores como direito constitucional na apreciação dos Tribunais de Contas”, que analisa os diferentes entendimentos constitucionais sobre os reajustes dos subsídios dos agentes políticos municipais e no texto “Atuação do Ministério Público na defesa da saúde durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19)” que analisa a importância da atuação do Ministério Público do estado do Tocantins na defesa da saúde durante a pandemia do novo coronavírus para o estado.

Assim a Revista promove o debate de ideias e a reflexão sobre os problemas enfrentados na atuação institucional e para a sociedade, ratificando-se como um veículo democrático de difusão

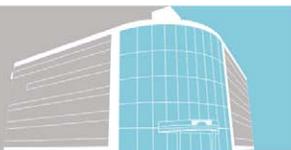
do conhecimento e de entendimento de fenômenos jurídicos-sociais.

A publicação deste número coincide com a finalização de mais um ano de trabalho durante o período pandêmico, em que persistem os desafios de cumprimento da missão institucional, devido ao distanciamento social e comunicação virtual, mas também marcado pelo comprometimento dos autores, integrantes do Conselho Editorial e de todos os parceiros que se debruçaram para a realização da presente publicação. Agradecimento ao árduo trabalho de todos que possibilitaram esta publicação.

Cynthia Assis de Paula
Promotora de Justiça
Diretora-Geral do Cesaf-ESMP

Sumário

Efetividade da tutela jurídica do idoso e a responsabilidade civil do Estado.....	10
<i>Elsio Ferdinand de C. Paranaguá e Lago</i>	
<i>Naíma Worm</i>	
Análise do conflito entre a privacidade do falecido e a sucessão dos herdeiros na herança digital	37
<i>Antônio Eduardo Macedo Magalhães</i>	
<i>Vinicius Pinheiro Marques</i>	
A Revisão Geral Anual (data-base) do subsídio de vereadores como direito constitucional na apreciação dos Tribunais de Contas Estaduais.....	69
<i>Marcos Divino Silvestre Emílio</i>	
<i>Vinicius Pinheiro Marques</i>	
Atuação do Ministério Público na defesa da saúde durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19)	97
<i>Karen Cristina Silva dos Santos</i>	
<i>Christiane de Holanda Camilo</i>	
Avaliação da atuação do CNJ na última década.....	121
<i>Marcos Conceição da Silva</i>	
Breves considerações sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a atuação do Ministério Público.....	132
<i>Angelita Messias Ramos</i>	
Contratação de artistas por inexigibilidade de licitação: cautelas e pressupostos legais	162
<i>Roberto Freitas Garcia</i>	
O impacto dos marketplaces digitais na responsabilidade civil.....	178
<i>Vico Barbosa Cosson</i>	
<i>Vinicius Pinheiro Marques</i>	
Reflexões sobre o processo penal contemporâneo: verdade real <i>versus</i> verdade processual	203
<i>Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes</i>	
<i>Andrea Cardinale Urani Oliveira de Moraes</i>	
<i>Tarsis Barreto Oliveira</i>	



Efetividade da tutela jurídica do idoso e a responsabilidade civil do Estado

Effectiveness of The Legal Tutelage of The Elderly and The Civil Accountability of The State

Vigencia de La Tutela Jurídica Del Mayor Y La Responsabilidad Civil del Estado

Elsio Ferdinand de C. Paranaguá e Lago¹

Naíma Worm²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os direitos essenciais dos idosos e a possível reparação do Estado, em sede de responsabilidade, nos casos de ilícito civil pela prestação inefetiva, ou ainda pela omissão da prestação dos serviços públicos. A pesquisa perfilhou o arcabouço constitucional de direitos, bem como a Lei nº 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso. Para tanto, o estudo pautou-se no desenvolvimento de pesquisas bibliográficas, o que possibilitou a extração de informações legais necessárias para o deslinde do artigo. O método dedutivo fora utilizado a fim de se chegar às conclusões do trabalho e o emprego da subsunção, enquanto composto metodológico, fora abordado para refinar o enfrentamento da celeuma, com fulcro na apuração da responsabilidade civil do Estado.

Palavras-chave: *Direito dos idosos; Dignidade humana; Estado; Efetividade; Responsabilidade civil.*

1 Especialista em Ciência Política pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. E-mail: elsioadvocacia@gmail.com.

2 Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: naima@uft.edu.br.

ABSTRACT

The present work aims to analyze in a general plan the essential rights of the elderly and the possible reparation of the State, in terms of accountability, in cases of civil illicit for the ineffective provision, or even for the omission of the services' provision. The research profiled the constitutional outline of rights, as well as the Law n° 10.741/2003, known as the Elderly Statute. Therefore, the study was based on the development of bibliographic researchs, which enabled the extraction of necessary legal information to unravels the article. The deductive method had been used in order to reach the work's conclusions and the use of subsumption, as a methodological compound, had been approached to refine the stir's confrontation, with fulcrum in the investigation of the State's civil accountability.

Keywords: *Elderly rights; Human dignity; State; Effectiveness; Civil accountability.*

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar en un plan general los derechos esenciales de las personas mayores y la posible reparación del Estado, en materia de rendición de cuentas, en casos de ilícitos civiles por la ineficacia de la prestación, o incluso por la omisión de la prestación de los servicios. La investigación trazó un perfil del esquema constitucional de derechos, así como de la Ley n° 10.741 / 2003, conocida como Estatuto del Adulto Mayor. Por tanto, el estudio se basó en el desarrollo de investigaciones bibliográficas, que permitieron extraer la información legal necesaria para desentrañar el artículo. Se había utilizado el método deductivo para llegar a las conclusiones del trabajo y se había abordado el uso de la subsunción, como compuesto metodológico, para afinar el enfrentamiento del revuelo, con fulcro en la investigación de la rendición de cuentas civil del Estado.

Palabras clave: *Derechos de las personas mayores; Dignidad humana; Estado; Eficacia; Responsabilidad civil.*

Introdução

A visão que se tem do idoso na sociedade moderna é, na maioria das vezes, atrelada a significações pejorativas e negativas, nas quais a velhice é retratada como uma fase da vida decadente e sem expectativas. A exclusão sob várias formas, mas principalmente a social, é fato notório em razão da

falsa ideia de que o idoso não é mais apto a realizar tarefas e diligências aplicadas às pessoas mais jovens.

O próprio conceito de idoso passa por reformulações, na medida em que a qualidade de vida aumenta e há o melhoramento do estado do “Ser”. Mas ainda é vivente a pecha preconceituosa e, por vezes, discriminatória sobre a imagem e a pessoa humana do idoso.

A dignidade, sob esta perspectiva segregadora, termina por fragilizar-se e ao idoso resta a limitação funcional de suas capacidades laborais e mesmo de vida. A “luta”, nesse sentido, paira sobre a categoria, órgãos e instituições estatais, que precisam resgatar a dignidade a fim de que haja respeito, inclusão social e o reconhecimento de suas habilidades, sem que haja resquícios de preconceito ou discriminação.

Noutro ponto, importante destacar que estudos acerca dos idosos e sua condição de vida no que se refere à saúde, educação, lazer estão cada vez mais acentuados no Brasil. O direito, enquanto ciência social aplicada, não poderia ficar alheio a este cenário que requer atenção jurídica especial e apurada sensibilidade humana. E, embora até pouco tempo fosse um campo de investigação limitado, atualmente se desenvolvem temas acadêmicos que promovem o aprofundamento de pesquisas em diversas áreas sobre os longevos.

Essa é a temática do trabalho, cuja problemática-chave versa sobre a prestação efetiva dos direitos dos idosos por parte do Estado e a consequente responsabilidade civil decorrente da ineficiência ou omissão estatal. E, apesar de se mostrarem regulamentados os direitos civis das pessoas idosas, não é raro encontrarmos o cumprimento parcial, e mesmo totalmente ineficaz, de direitos tão essenciais à dignidade da classe.

Para esse fim, a pesquisa – de natureza exploratória – perquiriu o tema por meio da dedução, mais especificamente a dedução sistemática, isto é, a partir da análise do arcabouço jurídico, sobretudo o constitucional, para, assim, arrematar a técnica da subsunção ao fato.

1. A tutela jurídica do idoso no ordenamento jurídico: considerações preliminares

Os direitos fundamentais são imanentes aos indivíduos e, por essa razão, não podem ser considerados como uma mera concessão do Estado. Seu conceito não é restrito e o seu rol não é taxativo, haja vista que a Constituição Federal de 1988 prevê cláusula de não tipicidade, conforme estatui o § 2º do art. 5º, *in verbis*:

Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.(BRASIL, 1988).

A CRFB/88 ainda confere tratamento especial ao idoso ao analisar a tutela sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, deixando-o a salvo de injustiças e de qualquer tipo de discriminação.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL, 1988).

Amplos são os benefícios destinados ao grupo dos idosos, vez que se trata de objetivo da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem nenhum tipo de preconceito, destacando-se aí os valores de cidadania e dignidade humana, de acordo com o art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - Garantir o desenvolvimento nacional; III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Percebe-se claramente que o Estado não admite o preconceito ou a discriminação em razão da idade. Contudo, cotidianamente, a realidade é outra. Os idosos passam por tratamentos vexatórios; situações que afrontam a cidadania, respeito e a dignidade. Naide Maria Pinheiro retrata bem esse panorama:

É comum, no dia a dia, a constatação de que pessoas idosas estão sendo, frequentemente, vítimas de discriminação, violência, opressão, crueldade e negligência em seus direitos e garantias fundamentais [...]. Um exemplo prático disso ocorre dentro da própria família que, tendo por obrigação zelar e cuidar da pessoa idosa, muitas vezes deixa que ela passe por situações desumanas e privações, como a falta de alimentos e vestuário, os quais configuram necessidades vitais básicas do ser humano (PINHEIRO, 2006, p. 36).

A idade avançada não faz com que o idoso tenha sua condição de cidadão diminuída, ao contrário, ele continua pertencendo ao esteio social, devendo receber tratamento isonômico por meio de tutela protetiva específica para resguardar seus direitos e interesses.

De modo avesso, a sociedade pratica visão utilitarista do ser humano, isto é, as pessoas não são mais enxergadas e valorizadas pelo que são, mas em razão da funcionalidade laboral (*animal laborans*)³. Assim é que aos idosos é imputada a falsa pecha de improdutividade material, inaptidão, ou mesmo de falta de qualquer habilidade social.

A par desse panorama ilegítimo e sem qualquer credibilidade científica e jurídica, faz-se necessária a real aplicação dos direitos fundamentais dos idosos a partir da sua efetivação; dentre os quais, encontramos o rol exemplificativo estampado no art. 6º, da Carta Constitucional, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição (BRASIL, 1988).

Tais direitos são essenciais e indispensáveis na vida de qualquer indivíduo, mas ao grupo dos idosos deve ser assegurado, além desses direitos, outros de natureza específica que lhes são conferidos, e cuja aplicação deve ser feita de forma imediata, tal qual determina a Constituição Federal.

A tutela especial guarda justificativa, sobremaneira, em razão do estado de hipossuficiência física, ou de vulnerabilidade material em que se encontram ou que possam vir a vivenciar. Dessa maneira, é imperiosa a aplicação da dignidade no que tange à igualdade de tratamento e respeito.

3 Expressão utilizada por Hannah Arendt.

Assim, a partir da perspectiva da dignidade e sob o prisma da igualdade, tem-se a vedação a qualquer tratamento vexatório, discriminatório ou preconceituoso. O direito à velhice com dignidade é consequência do direito à vida, e, embora a velhice não esteja elencada de forma expressa na Constituição, a tutela encontra-se dispersa em seu texto.

Ademais, o envelhecimento, de acordo com o art. 8º do Estatuto do Idoso, é um direito personalíssimo, ou seja, ínsito à pessoa, em função de sua própria estrutura física, mental e moral, a qual é dotada de singularidades e cuja proteção é um direito social. Ou seja, os idosos podem se valer de direitos que as demais pessoas têm garantidos de uma forma especial, em virtude de sua condição de vulnerabilidade.

Diante disso, o Estado deverá garantir à pessoa idosa proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas públicas que propiciem um envelhecimento saudável e com dignidade.

A educação também merece atenção, pois envelhecer com qualidade dignifica a vida do idoso. Assim é que os idosos necessitam de treinamentos e aprendizagem ao longo de sua existência, como ferramentas em prol da boa qualidade do envelhecimento.

O art. 205 da Constituição Federal estatui que a educação é direito de todos, sem exceção, e dever do Estado e da família, devendo também haver a colaboração da sociedade para que as pessoas consigam adquirir o conhecimento de que precisam para o pleno exercício da cidadania. O art. 208, inciso I, da Carta Política corrobora com esse direito ao garantir a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental, sobretudo para aqueles que não puderem usufruir do benefício da educação na idade apropriada.

Nessa toada é que o Estatuto do Idoso prescreve, em seu art. 20, o direito à educação aos idosos e, mais adiante, no art. 25, que o Poder Público deverá apoiar a criação de universidade aberta para as pessoas idosas e incentivar a publicação de livros e periódicos de conteúdo e padrão editorial adequados ao público idoso, facilitando a leitura em virtude de natural redução da capacidade visual.

Ademais, a Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, trata do aprendizado de forma específica, dando

uma maior ênfase à questão, reforçando a eliminação de qualquer tipo de discriminação contra os idosos nas escolas e universidades.

Assim é que deverão ser incluídos, nos currículos escolares, conteúdos sobre o envelhecimento, e nas faculdades, a disciplina “Estatuto do Idoso”, assim como ocorre com a disciplina Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90), com o intuito de amenizar os preconceitos e criar a cultura da conscientização respeitosa e solidária dos direitos assegurados aos longevos.

O Poder Público deverá criar oportunidades de acesso do idoso à educação, facilitando o seu aprendizado com materiais adequados, onde poderão ter conhecimento dos avanços tecnológicos, inclusive noções de informática, o que contribuirá para o desenvolvimento no campo do trabalho. É através do aprendizado e da cultura que o homem facilita a sua vida no ambiente familiar, no trabalho e na sociedade em geral, o que pode ser encontrado no bojo dos arts. 20 e 21 da Lei nº 10.741/2003⁴.

Já na seara do emprego, o trabalho propicia o sentimento de valorização e dignificação do ser humano, não importando a idade. A funcionalidade e a proatividade despertadas em função do labor são condições que favorecem o empoderamento das pessoas e, claro, dos idosos. Mas ainda existem discriminações e preconceitos em razão da idade, o que dificulta o acesso desse público às atividades laborais, prejudicando-o tanto em sua renda familiar, como na própria inserção social.

Para Braga (2017, p.79) a importância do trabalho vai além da atividade remunerada, pois evita a sensação de impotência e de incompetência: “Não se trata unicamente de trabalho remunerado, cuida-se, isso sim, da manutenção de inserção social, visto que o idoso atuante consegue absorver melhor a evolução das gerações”.

O Estatuto do Idoso, nos artigos 26 a 28, estabelece expressamente o direito do idoso ao trabalho, *in verbis*:

Art. 26 O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

4 Art. 20. O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade. Art. 21. O Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados.

Art.27 Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.

Art. 28 O Poder Público criará e estimulará programas de: I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas; II – preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania; III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Como já mencionado, os idosos não poderão ser tratados de forma discriminatória e preconceituosa em face de sua idade, em detrimento destes em relação aos jovens; ou seja, não podem ser considerados improdutivos ou inúteis para o trabalho simplesmente por possuírem idade mais avançada. Esta situação fere vertiginosamente o princípio da igualdade no que tange à isonomia do acesso às relações de emprego e trabalho.

Mas é de se notar a ausência de consciência positiva em aceitar o trabalho realizado pelo idoso. Assim é que tanto o Estado como a sociedade têm o dever de assegurar a participação e a inserção dos idosos na comunidade, sendo o trabalho um meio pelo qual poderá haver a devida e legítima inclusão social. Nessa linha é que o Estado precisa estabelecer e disponibilizar programas de profissionalização e qualificação de mão de obra, ofertando cursos a fim de melhorar e capacitar o desempenho das atividades dos idosos.

Outro ponto importante para a implantação da política de acesso ao emprego é a determinação do inciso III do art. 28 acima citado, que disciplina sobre os incentivos às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho. Tal arranjo se mostra proveitoso porque objetiva reduzir os índices de desemprego no país, por meio de acesso ao pleno emprego e formação de renda.

A moradia é outro direito fundamental que merece espaço nessa pesquisa. Estampada enquanto direito social de envergadura constitucional,

o Estatuto do Idoso, art. 37, deixa claro que as circunstâncias de moradia devem ser dignas, em obediência ao princípio da dignidade humana. Assim é que, sempre que a família não possuir condições econômicas para custear a moradia, a pessoa idosa deverá ser atendida em instituição pública mantida pelas prefeituras municipais, que, conveniadas com o Estado, ofertarão casas de longa permanência aos idosos.

A assistência à moradia requer comprovações por meio de atestados de pobreza. Essa assistência integral de longa permanência também poderá ocorrer nos casos de abandono familiar.

Ressalta-se que ainda devem ser observadas as condições de habitação, infraestrutura adequada, saneamento básico, água potável, energia e segurança, possibilitando, assim, uma vida saudável.

O importante, em se tratando de habitação para idosos, é pensar em acessibilidade e adequação, pois uma residência onde moram pessoas de idade deve passar por algumas adaptações para facilitar a rotina de seus moradores. Assim, luzes de segurança, corredores mais largos (pensando em cadeiras de rodas e andadores), banheiro maior e com barras de apoio [...] (BRAGA, 2017, p. 92).

Vale mencionar que a pessoa idosa tem prioridade em relação aos recursos destinados aos programas habitacionais para aquisição de imóveis, devendo ser disponibilizado pelo menos 3% (três por cento) das unidades residenciais para atendê-los, nos termos do art. 38, inciso I, da Lei nº 10.741/2003.

O lazer é direito abraçado pelo texto constitucional e também pela legislação ordinária. Seja como diversão, recreação, prazer ou mesmo como formação de renda. O Estatuto atribui aos idosos plena participação nas atividades culturais, sendo-lhes concedidos descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial, de acordo com arts. 23 e ss. da Lei nº 10.741/2003.

O art. 196 da Constituição Federal consagra a saúde como direito de todos, sem exceção, e dever do Estado, garantida mediante políticas públicas, sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Quanto à saúde dos idosos, este ponto merece especial atenção, vez que se trata de público mais suscetível e vulnerável às doenças.

Não é justo, não é humano somente prolongar a vida dos que já ultrapassaram a fase de homens adultos, quando se não lhes dá condições para uma sobrevivência digna. É melhor acrescentar vida aos anos a serem vividos do que anos à vida precariamente vivida (PAPALÉO NETTO, 1996, p. 9)

Caso o Estado promova apenas políticas preventivas e ambulatoriais destinadas ao tratamento e não propicie meios adequados para que o idoso, assim como as demais pessoas, possa desfrutar da vida com bem-estar físico, mental e social, não haverá um resultado positivo e eficaz, pois não é apenas a ausência da doença que fará com que a pessoa tenha um prolongamento da existência de vida, vez que a qualidade adequada também é necessária e de extrema importância. Eis a regra de ouro dos direitos sociais, que prevê ações positivas do Estado no sentido de fazer, não apenas garantir que seja feito. Nesse sentido, o entendimento de Maria Cecília de Souza Minayo:

Na Europa, a longevidade é atribuída às confortáveis condições de vida e de bem-estar social e de saúde. No Brasil, elas têm a ver também com as melhorias nas condições sanitárias e de vida, mas, se devem principalmente à queda também acelerada nas taxas de fecundidade e de natalidade. Infelizmente o país não tem conseguido dar uma velhice tranquila a seus cidadãos: boa parte dos idosos sofre muito e profundos problemas sociais, como evidenciam os indicadores sociais do IBGE (2003) para 2002: 43% dos que têm 60 anos ou mais têm renda per capita abaixo de um salário mínimo. E 4.870.336 deles (30,4%) continuam a trabalhar, seja para se manter, seja para auxiliar a subsistência de sua família (MINAYO, 2005, p. 9).

Em que pese a importância do direito, é de se apontar a necessidade de reformas e aprimoramento do aparelho estatal, tanto em financiamento público das políticas públicas como em infraestrutura, que possam abastecer a saúde em sua integralidade e dimensão universal. Especialidades para atender aos idosos se fazem imprescindíveis, a exemplo da geriatria e da gerontologia, além de investimentos e recursos que se destinem à capacitação profissional, bem como ao atendimento a partir de processos de qualificação humanitários e sensíveis à realidade do público idoso.

Também se junta à prestação do serviço o atendimento da demanda em fornecer medicamentos gratuitos aos idosos, principalmente aqueles de uso contínuo, além de próteses entre outros, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei Estatutária.

Noutro ponto, mas correlacionado à saúde, é condenável a postura discriminatória dos planos de assistência à saúde em virtude da cobrança de valores diferenciados e superfaturados em razão da idade, sendo esta uma das mais importantes regras trazidas pelo § 3º, art. 15, da Lei nº 10.741/2003⁵.

O mesmo artigo, em seu § 4º, garante amparo aos idosos com deficiência ou com limitação incapacitante, determinando que os mesmos devem receber tratamento especializado.

Esboçando o rol de direitos elencados na Lei Estatutária, tem-se no art. 16 assegurado o direito ao acompanhamento em tempo integral, que inclusive deve ser facilitado pelo órgão de saúde, mediante autorização do profissional competente. Ou ainda, em caso de impossibilidade, justificativa por escrito aduzindo as razões para o não acompanhamento.

O aumento considerável da população idosa fez com que a questão da saúde fosse analisada e providências urgentes tomadas, a fim de combater os problemas sociais existentes e os que possam vir a surgir de forma mais acentuada em um futuro próximo.

Embora seja notório o número de idosos no Brasil, este ainda não atingiu um patamar considerável em relação ao que existe em outros países. É de extrema importância observar os dados da pesquisa exposta a seguir e compará-la com o que diz Braga (2017, p.8), ou seja, que “o Censo 2010, divulgado em novembro de 2010, aponta que a população idosa (60 a 80 anos) e mais idosa (mais de 80 anos) continua crescendo, enquanto continuam caindo os níveis de natalidade”.

Braga (2017, p.8) traz em seu livro dados interessantes sobre o assunto. “O que mais impressiona vai ocorrer apenas por volta de 2040: o número de pessoas com mais de 50 anos vai superar os indivíduos de 0 a 30 anos [...]”.

⁵ Art. 15. [...] § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Diante da comparação dos dados apresentados, verifica-se que houve um aumento considerável da população idosa a curto prazo, o que leva a concluir forte tendência de crescimento de modo a sobrecarregar ainda mais o sistema de saúde.

Em relação à assistência social, ao contrário da previdência, que requer contrapartida, naquela dispensa-se qualquer contribuição ou filiação. A Assistência veio para atender àqueles que necessitam de uma atenção especial, conforme dispõe o art. 203, *caput*, incisos II e V, da Constituição Federal:

Art. 203 A assistência social será prestada a quem dela necessitar, e tem por objetivos:

I - a proteção especial à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...] V – a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

Nota-se que na Assistência Social existem duas formas de se prestar os benefícios. Uma delas é a forma eventual, que corresponde àquelas necessidades temporárias, a exemplo da proteção à maternidade. Já a outra forma é a prestação continuada, cujos beneficiários são pessoas com deficiência e/ou idosos. Estes terão direito de receber salário mínimo mensal, desde que comprovem não possuírem condições de se manter, ou de serem mantidos pelos seus familiares.

A Assistência Social tem natureza de amparo gratuito aos necessitados, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

Assistência social é um dever de solidariedade do Estado, da sociedade e de cada um. Não é contraprestativa. O assistido não paga pela assistência. É antiga, como já ocorria com os socorros mútuos e outros tipos que se desenvolveram ao longo da história (NASCIMENTO, 2019, p. 691).

A Lei nº 10.741/2003, em seu art. 34, parágrafo único, trouxe inovação, que em verdade representa grande avanço no que se refere ao benefício assistencial de um salário mínimo, em virtude de que o mesmo não será computado para cálculo da renda familiar. Antes, quando algum membro da família era beneficiado com a assistência de um salário mínimo,

no caso, entre dois idosos, isso corresponderia a um impedimento para que o outro também desfrutasse do mesmo benefício. Agora, não importa mais a quantidade de idosos vivendo na mesma residência, vez que, sendo idoso, nos termos da Lei, gozarão do benefício concedido.

1.1 Breves apontamentos sobre a Política Nacional do Idoso

A Política Nacional do Idoso foi estabelecida por meio da Lei nº 8.842/94 com a finalidade de dar tratamento especial ao idoso, apresentando uma série de normas específicas e direcionadas ao público que visa atender. Atualmente, também incorporam a Política Nacional do Idoso o Decreto nº 9.921/19, complementado pelo Decreto nº 10.604/21.

Com essas regulamentações, a população idosa alimentou expectativa de ser tratada com dignidade e inclusão social. No entanto, a Lei acima acabou não atendendo de forma suficiente aos anseios da população assegurada, vez que tão somente especificava os princípios e as diretrizes que deveriam ser seguidos para promover os direitos daqueles que tivessem idade superior a 60 (sessenta) anos.

Logo, para que houvesse uma maior efetividade dos direitos dos idosos, fazia-se necessária uma lei que se destinasse especificamente ao idoso, mostrando os caminhos a serem percorridos de uma forma direta. Desse modo, é que, posteriormente, elaborou-se a Lei nº 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso.

O Estatuto, apesar de conter algumas deficiências, se mostrou mais adequado para atender às necessidades desse público, embora atualmente a Lei da Política Nacional do Idoso ainda continue em vigor.

Outros fatores que contribuíram para a ineficiência da Política Nacional do Idoso foram as contradições no seu texto legal; falta de divulgação de seu teor à população, principalmente à idosa; a ausência de especificação de pena por preconceitos; omissão quanto à punição em caso de abandono de idosos em hospitais e asilos, dentre outras lacunas.

A forma utilizada pela Lei da Política Nacional para conceituar o idoso também é considerada ineficiente, considerando pessoa idosa aquela com idade superior a 60 (sessenta) anos. No que concerne aos princípios dispostos no art. 3º da legislação em comento, constata-se que os mesmos

foram trazidos também pelo Estatuto do Idoso, mas de uma forma mais abrangente e detalhada.

A Política Nacional do Idoso demonstra a preocupação com a implementação de programas destinados à saúde, educação e à integração social. No entanto, não vem sendo aplicada efetivamente, justamente por não tratar amiúde os direitos assegurados à classe dos longevos.

Ademais, a legislação anterior não se mostrou eficaz para erradicar preconceitos, discriminações e tampouco resoluta quanto à efetivação dos direitos dos idosos.

Fazia-se necessária a criação de sanções penais e administrativas, aplicáveis àqueles que descumprissem o que determinava tanto a Constituição Federal quanto as leis infraconstitucionais no que se refere aos idosos. Entretanto, só com o advento do Estatuto do Idoso é que se pôde observar em seu texto legal essa disposição coercitiva com maior ostensividade.

Com a finalidade de consolidar os direitos dos idosos já existentes, veio a lume, com fulcro no abastecimento de outras garantias, a viabilização da efetividade das normas disciplinadoras. Trouxe ainda uma série de inovações quanto às obrigações das entidades assistenciais, além das medidas específicas de proteção, cuja aplicação pode se processar de forma isolada ou cumulativa, conforme dispõe o art. 44, *in verbis*:

Art. 44. As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (BRASIL, 2003).

A melhor exegese do artigo em comento é de que o aplicador da medida deverá sempre buscar alcançar a finalidade para a qual o legislador a elaborou. No caso em questão, será a proteção integral e absoluta do idoso, observando-se a condição peculiar de cada um. As medidas de proteção destinadas a atender essa classe de pessoas faz com que haja uma intimidação da sociedade em relação à prática de qualquer ato atentatório contra os mesmos.

No que se refere à política de atendimento ao idoso, esta deverá ser feita por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e

nãogovernamentais entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, observando-se sempre as linhas de ação da política que se encontram disciplinadas no art. 47 da Lei Estatutária; citando-se, como exemplos: os serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligências, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão e o serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência.

Para facilitar a apuração dos delitos praticados contra os idosos, mister a existência de delegacias especializadas em crimes contra os mesmos em todas as cidades, ou pelo menos nas de médio e grande porte, para atender à demanda daqueles que são vítimas de maus-tratos.

Neste panorama é que os profissionais da saúde e agentes públicos de saúde (que visitam as casas periodicamente) assumem relevante papel, pois têm o dever de denunciar os supostos infratores quando da constatação de maus-tratos impostos aos pacientes, de acordo com o art. 19 do Estatuto.

Já as entidades que se destinam ao atendimento dos idosos são responsáveis pela manutenção de suas unidades; mas caso haja falta de recursos financeiros, para aquelas sem fins lucrativos e que prestem serviços de forma contínua, deverá o Estado colaborar solidariamente, a fim de atender as pessoas que necessitam do amparo, seja porque o idoso não possui uma família para abrigá-lo, ou porque se encontre em situação de vulnerabilidade sem condições de prover sua subsistência.

Essas entidades deverão ter seus programas inscritos junto ao órgão competente da Vigilância Sanitária e do Conselho Municipal da Pessoa Idosa, e na falta destes, será feito junto ao Conselho Estadual ou Nacional da Pessoa Idosa, devendo ser obedecidos os requisitos que lhes são impostos, como por exemplo, o oferecimento de instalações físicas em condições adequadas de habitação, higiene, salubridade e segurança, conforme determina art. 48 e ss. da Lei.

Em relação às responsabilidades das entidades que prestam serviços aos idosos, elas deverão adotar os princípios regidos pela legislação em comento, de acordo com o art. 49, dentre eles: a preservação dos vínculos familiares, participação do idoso nas atividades comunitárias, de caráter

interno e externo, preservação da identidade do idoso e tratamento de forma digna e respeitosa.

É necessário destacar que as entidades de atendimento – sobremaneira aquelas que prestam serviço a título oneroso – estão obrigadas a celebrar contratos escritos de prestação de serviços, especificando o tipo de atendimento, suas obrigações e prestações decorrentes do contrato, como por exemplo, o respectivo preço, para que os idosos não venham se sentir lesados, devendo, inclusive, fornecer vestuário adequado, alimentação suficiente, promoção de atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer, conforme dispõe o art. 50.

2. A efetividade da tutela jurídica do idoso e a responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade do Estado é resultante de dano em razão do comportamento dos Poderes Executivo, Legislativo ou do Judiciário. Dessa forma, não é apropriado falar em responsabilidade da Administração Pública, uma vez que esta não tem personalidade jurídica, não sendo, portanto, titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade, assim, compete ao Estado e às pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam.

Quando falamos em responsabilidade do Estado, imaginamos as três funções pelas quais se reparte o poder estatal, a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. No entanto, o foco deste trabalho é a responsabilidade resultante do comportamento da Administração Pública em sentido estrito.

Sobre a responsabilidade civil, observamos os ensinamentos de Maria Helena Diniz, que explica:

Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2018, p. 51).

Assim, podemos entender que a responsabilidade extracontratual do Estado consiste na obrigação de reparar os danos causados a terceiros em decorrência de atos comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos dos

agentes públicos nos termos do comando normativo do art. 186, do Código Civil (2002), que prescreve que o ato ilícito é causa geradora da figura da reparação civil.

Neste dispositivo encontramos as tipicidades cíveis ensejadoras da responsabilização, a exemplo das condutas culposas em sentido *lato e stricto sensu*, bem como o nexos de causalidade a ensejar o liame necessário entre conduta e dano e, claro, o dano propriamente dito, seja ele material, ou ainda exclusivamente moral, nos termos da norma civilista⁶. Reforça o teor da figura da responsabilização civil o teor do art. 927, do Código Civil, ao disciplinar que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

A responsabilidade civil, sob a perspectiva extracontratual, sustenta-se na vertente literal dos artigos acima e possibilita imputação ao Estado quando conectados com a disciplina normativa do art. 9º da Lei 10.741/2003, que trata da proteção integral dos idosos: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável em condições de dignidade” (BRASIL, 2003).

No mesmo gancho de raciocínio interpretativo, tem-se a responsabilidade do Estado apurada no texto constitucional, que estabelece a responsabilização sob a forma objetiva enquanto regra, nos termos do § 6º, art.37, da CF/88, *in verbis*:

Art. 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).

É notório que o envelhecimento passa a ser pauta cada vez mais constante no discurso jurídico e político. O Estado já não pode se esquivar de suas responsabilidades e compromissos diante de cenário tão crítico e ainda carecedor de medidas e ações estatais ostensivas. Faz-se mister a necessidade de se assumir obrigações por parte da Federação brasileira, que engloba a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, a fim de desenvolver projetos sociais inclusivos destinados a atender as

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

necessidades dos indivíduos em relação à saúde, à educação, ao lazer, à cultura, ao trabalho.

Com o aumento da expectativa de vida e a conseqüente ampliação do percentual de idosos no Brasil, somados aos avanços das ciências médicas, dos tratamentos modernos, da assistência governamental aliada ao desenvolvimento de um programa de nutrição específico para cada caso, o ser humano passou a alcançar cada vez mais a longevidade.

A presença do Estado passou a ser imprescindível para o alcance de políticas públicas eficazes para a proteção da classe das pessoas idosas, a partir do desenvolvimento de programas especiais, criação e apoio de instituições dedicadas especificamente a patrocinar-lhes uma melhor qualidade de vida.

A omissão estatal, a falta de prestação de serviço, ou mesmo o serviço prestado ineficientemente precisam ser apurados de modo a imputar a devida responsabilidade civil ao Estado. Trata-se de obrigação cogente e de compromisso social assumidos com a sociedade como um todo, mas preferencialmente, pactuados com os idosos, classe de pessoas que necessitam de amparo específico e especial atenção jurídico-política.

É nesse compasso que o Estado deve desenvolver programas mais efetivos de atendimento social voltados ao lazer, à educação, à saúde e moradia direcionadas especialmente aos idosos, bem como aprimorar os já existentes, sob pena de responder pelos seus atos comissivos ou omissivos.

Abaixo, colacionamos importante julgado de lavra do STJ, relatoria do Min. Herman Benjamin, cujo voto foi, por unanimidade, acolhido pelos pares da respectiva Turma Recursal.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO IDOSO. SUJEITO. HIPERVULNERÁVEL. INSTITUIÇÃO DE LONGA PERMANÊNCIA (ABRIGO PÚBLICO). ARTS. 2º, 3º, CAPUT, 4º, CAPUT, 45, V E VI, DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). MUNICÍPIO. MULTA. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público estadual, ora recorrido, contra o Município de Niterói, ora recorrente, objetivando, entre outras providências, implantação de uma Instituição de Longa

Permanência para idosos (abrigo público). 2. O Juiz do primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido. O Tribunal a quo negou provimento às Apelações. Não há reparo a fazer, pois as duas decisões dão fiel cumprimento ao disposto no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), particularmente ao seu núcleo-normativo-mãe ou tríade normativa primordial. Primeiro, a declaração universal e aberta de direitos: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (art. 2º). Segundo, a declaração de deveres individuais e coletivos de exigibilidade prioritária: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (art. 3º, caput). Terceiro, corolário da declaração de direitos e da declaração de deveres, a proibição de tratamento desumano: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (art. 4º, caput). 3. O envelhecimento constitui fato da natureza e sina da humanidade. Diante dessa constatação de destino invencível, o que precisa ser evitado a qualquer custo é o desamparo dos idosos, tanto por inércia estatal como por desídia familiar e social. Dever do Estado, da coletividade e da família, a proteção dos idosos, sobretudo daqueles em situação de risco, representa uma das facetas essenciais da dignidade humana, indicadora do grau de civilização de um povo. Não se enxergue aí questão de mera caridade ou responsabilidade filial. Tampouco postura de favor ou altruísmo do Estado, nem de conveniência opcional, pois se tem aí inequívoca obrigação constitucional e legal irrenunciável, que não se insere na órbita da discricionariedade do administrador. Ética e juridicamente, avançamos muito nas últimas décadas, embora pendentes tarefas colossais de toda a ordem, mormente a de cumprir e transformar comandos legais inertes em ações e resultados concretos. Sem dúvida, ficou para trás, pelo menos no plano formal, perceber o idoso de maneira aproximada a categorias jurídicas incitadoras de preconceito, como a dos chamados, em linguagem aviltante, de loucos de todo o gênero. O Direito e

seus implementadores - os juízes em particular - carregam a imensa responsabilidade de garantir a dignidade dos idosos. 4. O papel do ordenamento é evitar que o envelhecimento, além das adversidades que lhe são próprias, sucumba à lógica perversa do sofrimento, humilhação, discriminação e abandono causados, não pela idade em si, mas por percepções estereotipadas, tanto intoleráveis como arraigadas, de glorificação da juventude e de acatamento fleumático da desigualdade sócio-etária, realidade cultural que talvez explique a incapacidade do Estado, da família e da sociedade de cuidar adequadamente dos pais, avós e bisavós. Trata-se de questão demográfica, econômica e de saúde pública, mas igualmente de justiça social e, portanto, de solidariedade intergeracional, no rastro da pauta dos direitos humanos fundamentais. Abandonado não deve ser o idoso, mas há o pensamento inaceitável de que quem nasce pobre e pena com infância de privação deve, igualmente, morrer pobre e padecer com velhice de privação. 5. Como “medida específica de proteção” (art. 45, V e VI, da Lei 10.741/2003), o abrigo é procedimento extremo, cuja utilização se admite somente quando outras ações protetivas dos idosos se mostrarem insuficientes ou inviáveis para afastar situação de risco à vida, saúde, integridade física e mental. Imperioso que instituições excepcionais desse tipo existam e possam acolher tais sujeitos hipervulneráveis. Mas tudo sem esquecer que o idoso em estado de risco demanda rede de proteção imediata e humanizada, que vá até ele, que o ampare em todos os aspectos e que lhe assegure um mínimo de autonomia, pois a velhice não apaga o valor ou a necessidade de liberdade. 6. Recurso Especial não provido (BRASIL, STJ, 2020).

Como se depreende, o julgado é coerente com os ditames constitucionais e legais. A par de interpretação sistemática, faz análise dos direitos que orbitam a seara dos idosos, enquadrando a devida responsabilidade do ente político envolvido pela omissão ou ineficiência da prestação do serviço.

Ademais, em que pese a boa intenção legislativa e a bem elaborada disciplina normativa do texto do Estatuto do Idoso, é de se notar, na prática, verdadeiro descaso em razão da parca estrutura estatal destinada à infraestrutura e de ações de governabilidade em geral que possam atender minimamente e com dignidade à classe dos idosos.

Aos idosos deve-se projetar olhar reservado e especial vigilância justamente por atingirem tal qualificação, que não se justifica tão somente

em razão da faixa etária atingida, mas também, e sobretudo, como um prêmio pela vitória alcançada pela sobrevivência.

Sob essa ótica, é justo e mesmo juridicamente legal entender o dever do Estado como essencial, obrigatório e prioritário para com os idosos.

Nota-se que existem muitas dificuldades em implantar, fazer cumprir ou respeitar a Lei nº 10.742/2003. Esse hiato social traduz muito sobre a política do Estado, que em verdade ainda se encontra estacionada e mesmo em fase embrionária, necessitando de aporte não somente financeiro e estrutural, mas principalmente educacional, a fim de conscientizar a população, a partir da promoção e o desenvolvimento de campanhas, com o intuito de chamar a atenção para essa realidade.

Mudar o pensamento sobre a pessoa do idoso, diante desse cenário, é imperioso, vez que estes apresentam capacidade produtiva, mediante o exercício de funções compatíveis com suas específicas particularidades. Assim, deve-se considerar que determinados idosos, mesmo já aposentados, podem exercer funções de acordo com sua capacidade física individualmente considerada, fazendo valer suas experiências anteriores, seus conhecimentos e suas vivências.

Desse modo, se o governo promover programas, cursos técnicos, administrativos ou profissionalizantes, adaptados, dedicados e especializados exclusivamente aos idosos, como determina a Lei, estarão minimizando outros problemas decorrentes da ociosidade e que normalmente ocasionam distúrbios pessoais, físicos e mentais.

Como se nota, há certo avanço quanto às conquistas materiais adquiridas a partir da via legislativa. O problema mesmo se estaciona na prestação em prol do idoso por meio de ações estatais inefetivas, política públicas precárias e ações afirmativas inclusivas mal-elaboradas. Falta, portanto, efetividade das normas, que em verdade se resumem em símbolos normativos sem o devido arrojo. E é no esteio da saúde onde mais encontramos situações jurisprudenciais para os diversos casos de serviço ineficaz, ausência de serviço em si ou prestação precária e de má qualidade. Abaixo, segue aresto sobre a celeuma da saúde em razão da recusa estatal ao fornecimento de tratamento a paciente idosa e vulnerável.

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRATAMENTO DE SAÚDE. PACIENTE IDOSA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO PROVIDO. Em que pese assista razão, em tese, ao Estado da Bahia e ao magistrado de primeiro grau quando anotam que a prova da doença envolve atos complexos em demasia para a via estreita do mandado de segurança, a análise dos documentos coligados à inicial revela haver prova robusta do direito da parte autora, não havendo de se falar em dilação probatória. Contrariamente ao que foi sustentado pelo Estado da Bahia e referendado pelo Ministério Público, há nos autos provas suficientes do direito da parte impetrante. Conforme se observa do laudo médico fornecido por médico da Secretaria de Saúde da Bahia, necessitar de internamento e tratamento urgente para polineuropatia evolutiva de que é portadora diante do risco de paralisia, pleito que não foi atendido pela Administração, pelo que é imperiosa a concessão da segurança pleiteada. Como é cediço, os atos administrativos gozam de presunção de veracidade, circunstância apta até mesmo à dispensa da produção de prova, conforme preceitua o art. 374, IV, do CPC. De modo que tenho que há suficiente comprovação do direito autoral. Recurso provido (TJ/BA. Apelação cível em sede de Mandado de Segurança n. 08085203020158050080. Dje 08.06.2020)

É justamente na área da saúde que a sensibilidade se aguça e os interesses se envolvem com maior carga sentimental. Nicho em que nossas fragilidades se desnudam em razão da elevada axiologia dos direitos envolvidos, os quais, quando vilipendiados, desmantelam nossa estrutura emocional e psíquica.

Falta muito a ser feito para que esse atendimento assistencial pelo Sistema de Saúde – SUS possa satisfazer às necessidades dos idosos da forma pretendida em lei. Verifica-se que o idoso na maioria das vezes não goza de privilégios considerados necessários e indispensáveis à sua condição. Os tratamentos especializados e geriátricos, como fornecimento gratuito de medicamentos, nem sempre ou, de forma rotineira, estão disponíveis.

Embora o Estado coloque medicamentos à sua disposição, os tratamentos de maior complexidade normalmente exigem medicamentos menos acessíveis e de alto custo que faltam com frequência ou são distribuídos de forma desproporcional entre as regiões do país.

Ao idoso também é garantido que os programas de amparo serão executados preferencialmente em seus lares, conforme dispõe o art. 230, § 1º, da Constituição Federal. No entanto, o atendimento domiciliar ainda é deficiente e conta com as dificuldades de acesso em razão da locomoção ou da distância.

Serviços domiciliares, garantidos pelos governos, seriam de grande auxílio para uma população já marginalizada, que agora se vê impotente para cuidar de um amigo ou parente que está doente, improdutivo, carente e dependente. Uma equipe treinada formada por auxiliares especializados e voluntários, seria importante e garantiria os cuidados com os pacientes demenciados, enquanto outros membros da família estivessem trabalhando, ou desenvolvendo suas atividades habituais. Estaríamos desta forma dando importante passo para evitar as institucionalizações prematuras de idosos, decisão que na maioria das vezes parte do desespero da família em não poder assumir seu patriarca (PAPALÉO NETTO, 1996, p. 158).

Para que haja melhor atenção à classe, é necessário que o Estado disponibilize mais recursos na área da saúde, invista na preparação de profissionais, capacitando-os para que possam atender à demanda de maneira satisfatória.

Um dos grandes males sociais consiste no fato de que os recursos destinados ao atendimento de determinada área, como a educação e a saúde, acabam tomando destinos diferentes daqueles que realmente deveriam gozar. No que se refere à destinação dos recursos de aposentadorias para atender os idosos, aduz Guita Grin Debert:

Crítica ao governo, por um lado, usa as contribuições destinadas à aposentadoria de maneira espúria, na construção de obras extremamente onerosas que não têm interesse para o país, nem para os aposentados; e, por outro, em conluio com as classes dominantes, acaba com a vida e a dignidade dos trabalhadores em geral e, sobretudo, dos mais velhos. Falar na situação política do país é denunciar as injustiças sociais: o aposentado vive uma situação na qual ele enfrenta três inimigos. Ele enfrenta o patrão, ele enfrenta o governo [...] ele enfrenta o capitalismo [...] o aposentado, quando aposenta, ele fica jogado que nem carço de manga (DEBERT, 2004, p. 170)

Noutro ponto, mas com simetria material, também deve existir fiscalização mais transparente e ostensiva por parte dos órgãos competentes,

a exemplo do Ministério Público, Vigilância Sanitária e Conselhos dos Idosos, a fim de que realmente sejam implantadas políticas de governança voltadas para os longevos, vez que não adianta existir a pretensão de determinados objetivos, se houver a dificuldade em executá-los de forma adequada e eficaz.

Não se pode olvidar que existem programas que foram criados e outros que estão em andamento, com a finalidade de resgatar a dignidade dos idosos, como é o caso do programa “Viaja Brasil”, destinado aos idosos.

Todavia, faz-se necessário que outras políticas sejam instituídas, até mesmo para que os programas atuais venham a surtir seus respectivos efeitos, evitando-se, assim, que se tornem meras disposições e intenções da Lei ou da Política Nacional do Idoso, porém, sem os devidos resultados.

Verifica-se que existe um distanciamento entre o que determina a lei e a realidade vivenciada pelas pessoas idosas. Embora seja objetivo da República Federativa do Brasil alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, isso nem sempre acontece, pois ainda existem muitas pessoas que sequer sabem da existência de uma legislação específica que as protege.

Considerações finais

Da análise da presente pesquisa, averiguou-se, a partir de enredos dissertativos, a falta de efetividade de muitos direitos dos idosos, bem como a fragilidade da Política Nacional do Idoso, que não consegue assegurar os direitos mínimos constantes nos documentos legislativos que tutelam direitos a esse público.

Percebe-se que, embora a Constituição Federal de 1988 assegure uma proteção à classe, o Estatuto do Idoso veio, enquanto importante lei a representar verdadeiro marco legislativo, reforçar o arcabouço constitucional. A realidade que se mostra, todavia, é aquela em que encontramos idosos sendo vítimas de preconceitos, discriminações e maus-tratos em diversos sentidos, colocando-os em situação de maior vulnerabilidade social e de hipossuficiência material.

Para tanto, fazem-se necessários arranjos estatais no sentido de planejar políticas públicas sociais, executar ações de equiparação e de

acesso, além de aplicar a legislação vigente de forma mais efetiva, mediante condutas coercitivas e ostensivas de fiscalização e sanção.

Noutro ponto, este trabalho defende uma política educacional de informação de direitos, que possibilite conhecimento e conscientização por parte da sociedade acerca do envelhecimento populacional, bem como a promoção de cursos, ciclos de palestras e capacitações em geral, demonstrando que a subutilização dos idosos deve ser remediada em prol de uma política inclusiva e de acesso.

Assim, não basta que existam apenas denúncias das infrações cometidas contra os idosos. Faz-se necessário um trabalho de divulgação, bem como o desenvolvimento de mecanismos que possibilitem uma melhor implementação de serviços que venham a responder aos apelos e às necessidades dos idosos.

Verifica-se que algumas das garantias constitucionais e infraconstitucionais em que os idosos encontram respaldo não passam de meras normas legais estampadas em “papel”, como ficou apontado acima, necessitando de políticas eficazes na efetivação das mesmas para que possam atingir os objetivos para os quais foram criadas.

A raiz que se projeta à hipótese do problema é variada, mas sobretudo educacional, sob o ponto de vista preventivo, bem como reparadora, sob a ótica repressiva, cabendo ao Estado, detentor da tutela jurídica em geral, ser responsabilizado pelos seus atos de gestão e administração eivados de ineficácia.

Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. Tradução de Maria Helena Franco Martins. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BRAGA, Pérola Melissa Viana. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 11 de outubro de 2021.

BRASIL. **Decreto n. 10.604, de 20 de janeiro de 2021.** Altera o [Decreto nº 9.921, de 18 de julho de 2019](#), que Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática da pessoa idosa. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.604-de-20-de-janeiro-de-2021-299973647>> Acesso em 18 de outubro de 2021.

BRASIL. **Decreto n. 9.921, de 18 de julho de 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática da pessoa idosa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9921.htm> Acesso em 18 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm> Acesso em 16 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em 20 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994.** Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm> Acesso em 14 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em 23 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1680686/RJ.** Relator: Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. DJe, 7 ago. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919833863/recurso-especial-resp-1680686-rj-2017-0129124-1/inteiro-teor-919833873?ref=feed>> Acesso em 26 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. **Apelação cível em Mandado de Segurança n. 08085203020158050080.** DJe, 8 jun. 2020. Disponível

em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1121203925/apelacao-apl-8085203020158050080>> Acesso em 27 de outubro de 2021.

CARVALHO FILHO, Eurico Thomaz, PAPALÉO NETTO, Matheus. **Geriatria: fundamentos, clínica e terapêutica**. São Paulo: Editora Atheneu, 2000.

CÍCERO, Marco Túlio. **Saber envelhecer e a amizade**. Porto Alegre: L & M, 2002.

DEBERT, Guita Grin. **A reinvenção da velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento**. São Paulo: Fapesp, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria**. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

PAPALÉO NETTO, Matheus. **Gerontologia: a velhice e o envelhecimento em visão globalizada**. São Paulo: Atheneu, 1996.

PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). **Estatuto do idoso comentado**. Campinas: LNZ, 2006.

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Direito ao envelhecimento**. Lisboa: Chiado, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.



Análise do conflito entre a privacidade do falecido e a sucessão dos herdeiros na herança digital

Analysis of the Conflict Between the
Privacy of the Dead and the Succession
of Heirs in the Digital Heritage

Análisis del Conflicto entre la Privacidad
de los Muertos y la Sucesión de
Herederos en el Patrimonio Digital

Antônio Eduardo Macedo Magalhães¹

Vinicius Pinheiro Marques²

RESUMO

O processo de digitalização da vida se caracteriza como situação inevitável e de progresso cada vez mais intensificado. Nesse passo, relações sociais nascem, se desenvolvem, são executadas e extintas a todo instante, com ocorrência integral através dos meios digitais, ocasionando, por conseguinte, o acúmulo de milhares de informações. O presente estudo objetiva, portanto, verificar a viabilidade de transferência dos bens acumulados em rede, integrantes da herança digital do falecido ante a proteção estabelecida pelo direito fundamental à privacidade. Para tanto, busca-se examinar, de

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: eduardo1112@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins. Advogado. E-mail: viniciusmarques@uft.edu.br.

início, a essência dos bens virtuais, para, posteriormente, dar enfoque à herança digital e à plausibilidade de cedência desses bens categorizados como incorpóreos, frente ao direito à privacidade do de cujus e de terceiros, utilizando-se o método de abordagem dialético, com vistas à adequabilidade para fornecimento de base para melhor interpretação dinâmica. Já em relação à pesquisa, construiu-se pela modalidade bibliográfica, desenvolvida através do estudo de artigos científicos, doutrinas e publicações jurídicas no intuito de esmiuçar o tema. No artigo, procura-se destacar a deficiência dos projetos legislativos relacionados à questão, assim como a insuficiência da legislação vigente para a solução da controvérsia a respeito do embate entre o direito sucessório e o direito à privacidade. Frente às lacunas legislativas, destaca-se a necessária atividade do aplicador do direito a fim de entregar uma justa resposta aos casos em concreto, devendo o magistrado, para isso, analisar detidamente os direitos abrangidos e o conseqüente risco ao desrespeito infundado à privacidade do falecido e de terceiros relacionados.

Palavras-chave: *Herança digital; Direito à privacidade; Direito sucessório.*

ABSTRACT

The process of digitizing life is seen as an inevitable situation of increasingly intensified progress. At this, social relations are created, developed, executed and extinguished at all times, happening entirely through digital media, causing, as a consequence, the accumulation of thousands of data. This study aims, therefore, to verify the feasibility of transferring the assets accumulated in the network, which are part of the digital heritage of the deceased, in view of the protection by the fundamental right to privacy. Therefore, we seek to initially examine the essence of virtual goods, and, later, focus on the digital heritage and the plausibility of assigning goods categorized as intangible, given the right to privacy of deceased and third parties, using the method of dialectical approach, with a view to better suitability for providing the basis for better dynamic interpretation. About research, it was built up by the bibliographic modality, developed through the study of scientific articles, doctrines, and legal publications to examine the subject. The article seeks to highlight the deficiency of legislative projects related to the subject, as well as the lack of current legislation to resolve the controversy regarding the clash between inheritance law and the right to privacy. Given the legislative gaps, the necessary activity of the law enforcement to deliver a fair response to the specific cases, should the magistrate, to this end, a thorough analysis of the rights covered and the consequent risk of unfounded disregard for the privacy of the deceased and related third parties.

Keywords: *Digital heritage; Right to privacy; Succession Law.*

RESUMEN

El proceso de digitalización de la vida se ve como una situación inevitable de progreso cada vez más intensificado. En este, las relaciones sociales se crean, desarrollan, ejecutan y extinguen en todo momento, pasando íntegramente a través de medios digitales, provocando, como consecuencia, la acumulación de miles de datos. Este estudio tiene como objetivo, por tanto, verificar la viabilidad de transferir los activos acumulados en la red, que forman parte del patrimonio digital del fallecido, en vista de la protección por el derecho fundamental a la privacidad. Por ello, buscamos examinar inicialmente la esencia de los bienes virtuales, y, posteriormente, centrarnos en el patrimonio digital y la plausibilidad de asignar bienes categorizados como intangibles, dado el derecho a la privacidad de los fallecidos y terceros, utilizando el método de enfoque dialéctico, con miras a una mayor idoneidad para sentar las bases de una mejor interpretación dinámica. En cuanto a la investigación, se construyó mediante la modalidad bibliográfica, desarrollada a través del estudio de artículos científicos, doctrinas y publicaciones legales para examinar el tema. El artículo busca resaltar la deficiencia de los proyectos legislativos relacionados con el tema, así como la falta de legislación vigente para resolver la controversia sobre el enfrentamiento entre la ley de sucesiones y el derecho a la privacidad. Dadas las lagunas legislativas, la actividad necesaria de las fuerzas del orden para dar una respuesta justa a los casos específicos, en caso de que el magistrado, a tal efecto, un análisis exhaustivo de los derechos amparados y el consiguiente riesgo de desprecio infundado por la privacidad de los fallecidos. y terceros relacionados.

Palabras clave: *Patrimonio digital; Derecho a la privacidad; Ley de sucesiones.*

Introdução

Na sociedade atual, progressivamente mais entrelaçada e dependente aos meios digitais, resta cada vez mais nítido o acúmulo e armazenamento de documentos e arquivos na seara cibernética, tais como fotos, livros, filmes, músicas, e-mails, redes sociais e muitos outros registros, tanto pessoais, como profissionais, podendo possuir valoração econômica ou simplesmente pessoal. Por consequência, surge a indagação sobre o destino atribuído a esse patrimônio, integrante da herança digital, deixado no ambiente virtual após a morte.

As inovações obtidas com o avanço da tecnologia evoluem a passos largos em comparação às alterações legislativas. O grande acúmulo de registros na seara digital desperta crescente interesse, pelos familiares, após o falecimento do usuário, ao acesso a essa categoria de bens. À vista disso, resulta a discussão que diz respeito à necessidade de alterações no ordenamento jurídico, no intuito de regular as novas situações advindas do processo de revolução tecnológico, a fim de criar base legal para que os aplicadores do direito possam uniformizar as decisões sobre o destino do patrimônio integrante da herança digital.

Após o decesso do usuário, considerando a continuação dos bens no ambiente virtual, é importante, da mesma forma, a proteção aos direitos da personalidade, tendo em vista que a esfera subjetiva e pessoal do indivíduo mantém relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, e, portanto, merece proteção.

A importância do presente estudo reside, então, na iniciativa de discutir sobre os meios aptos a solucionar as questões relativas à possibilidade ou impossibilidade de se transferir os bens digitais deixados pelo usuário, então falecido, aos sucessores, levando em consideração, para isso, os preceitos estabelecidos pelo direito à privacidade e vida íntima e o direito à herança dos familiares, tendo em vista a inexistência de normatização específica a respeito da matéria.

Emprega-se, como forma de abordagem, o método dialético, com escopo na contraposição existente entre a herança digital e o direito à privacidade do de cujus, iniciada e desenvolvida a partir do estudo de situações concretas e pesquisas doutrinárias e bibliográficas, especialmente de monografias, artigos e materiais eletrônicos, além de decisões jurisprudenciais e projetos de lei.

Frisa-se que o trabalho teve traçado seu objetivo geral segundo o exame acerca da importância do patrimônio deixado pelo usuário no ambiente digital. Posto isso, verificam-se as circunstâncias previstas na destinação desses bens, nas situações em que exista, ou não, disposição de última vontade, de modo a resguardar os direitos da personalidade, em especial o direito à privacidade do de cujus.

No intuito de proporcionar a execução do objetivo geral determinado, os seguintes objetivos específicos foram designados: apresentar a definição de Direito, bens e herança digital, caracterizando-os e estabelecendo conceitos; debater acerca do direito sucessório, direito à privacidade e sua proteção post mortem, para viabilizar a compreensão dos institutos e, conseqüentemente, para que possam ser confrontados; e, compreender a destinação atribuída ao patrimônio digital, após o evento morte, com vistas ao direito da privacidade, ressaltando as possibilidades de transmissão e carência de legislação específica.

A seção inicial discute sobre o Direito Digital, bem como a respeito da herança digital e seus bens integrantes. Abordam-se os institutos com conceitos doutrinários e legais, além de balizar suas naturezas jurídicas e principais características.

Já a segunda, versa sobre os aspectos gerais do Direito das Sucessões, sendo destacada a legislação que regulamenta o tema, abordando os conceitos de Direito Sucessório, nas modalidades de sucessão legítima e testamentária, bem como a ideia de herança. Além disso, discute-se sobre a conceituação geral, doutrinária e legislativa, no tocante ao direito à privacidade e sua efetivação após a morte.

Por fim, debate-se sobre a herança digital frente ao direito sucessório, apresentando possíveis soluções previstas dentro do ordenamento jurídico. Outrossim, realiza-se um estudo a respeito das decisões dos tribunais pátrios e sobre a carência legislativa em relação ao tema, de forma a confirmar a necessidade de pacificar o entendimento e unificar as decisões sobre a questão.

A principal finalidade deste estudo, dada a análise contextual da problemática, consiste em esclarecer as indagações sobre a destinação da herança digital, à vista dos preceitos estabelecidos pela extensão do direito à privacidade após a morte.

1. Direito, bens e herança digital

A internet é responsável pela troca instantânea de milhares de informações. Situações jurídicas e sociais são criadas, desenvolvidas e extintas a todo momento. Pode-se dizer que, atualmente, o próprio dinamismo social é resultado da revolução tecnológica, responsável por entregar aos indivíduos modos diferentes de gerir as relações em sociedade, quase sempre se relacionando às ideias de interacionismo e globalização.

De acordo com Bittar (2019), a era digital corresponde à época histórica em que grande parte das relações humanas passam a estar relacionadas a operações e algoritmos. A evolução da era digital, dessa forma, gera novos desafios para a ciência jurídica, que, por sua vez, não poderá permanecer inerte.

Nesse sentido, Miguel Reale (2001, p. 76) destaca o aparecimento da norma jurídica como uma síntese integrante de fatos coordenados, segundo valores distintos. É justamente nesse contexto que desabrocha a ideia de Direito Digital, abrangendo todos os conceitos e princípios já existentes, caracterizando-se como a evolução e valoração do Direito em si, em conformidade ao avanço da tecnologia, contemplando o surgimento de novos fundamentos para o mundo jurídico, em todas suas esferas, à medida que a Ciência do Direito se organize com vistas à representatividade e adequação às mais variadas alterações no âmbito cultural e comportamental dos seres humanos.

Muito embora o uso dos aparatos tecnológicos e da internet no Brasil não seja tão recente, a mesma sorte não contempla o debate acerca do Direito Digital, tendo em vista que as normas responsáveis por regulamentar questões no ambiente virtual surgem por volta do ano de 2012. A título exemplificativo, destaca-se o Projeto de Lei nº 4099/2012.

Diante disso, faz-se indispensável que o meio cibernético seja resguardado na mesma proporção e importância que as relações sociais tradicionais, a fim de que o Direito Digital possa assegurar a proteção dos direitos individuais e coletivos, seja em relação à utilização e manifestação pelas vias tecnológicas, ou pelo armazenamento de bens e ativos nas plataformas virtuais.

1.1 Conceituação de direito digital e bens digitais

O Direito Digital, nas palavras de Patrícia Peck Pinheiro (2016), caracteriza-se como a evolução do próprio Direito, envolvendo todos os princípios fundamentais e institutos vigentes e aplicados até os dias atuais, como também inserindo novos institutos e elementos para o desenvolvimento da maneira de pensar no âmbito jurídico, em todas as suas áreas.

Nessa toada, para tanto, torna-se imprescindível que o ambiente cibernético não seja considerado como um mundo individualizado, mas como uma atmosfera impossível de ser ignorada ou distinta do meio social. É importante que o Direito, como ciência que é, progrida e se adeque no intuito de balizar as problemáticas e oportunidades ocasionadas pela troca e armazenamento de informações em rede.

Assim sendo, o Direito Digital pode ser conceituado, resumidamente, como um instituto jurídico responsável por atuar no sentido de resguardar os direitos e regulamentar os deveres relacionados ao uso dos aparatos tecnológicos, quer seja para fins pessoais, quer seja para fins econômicos. Em outras palavras, para Pinheiro (2016), é possível afirmar que diz respeito à recapitulação do Direito tradicional frente ao grande impacto dos meios tecnológicos na sociedade.

Em se tratando de Direito e sua necessidade de regulamentar os acontecimentos no mundo digital à mesma medida que resguarda o mundo “real”, é importante direcionar atenção especial ao lastro deixado pelos usuários referente à vida levada no ambiente virtual, com suas respectivas manifestações e armazenamentos, responsáveis por compor o patrimônio digital.

A respeito dos bens e ativos que compõem o patrimônio do usuário na seara virtual, Giotti e Mascarello (2017, p. 5) asseveram que no decorrer da existência humana, diversos bens digitais são acumulados, como sites, blogs, direitos sobre músicas, filmes, livros e etc., assim como as redes sociais que, a depender do usuário, contêm carga valorativa, como qualquer outro bem físico.

Dessa forma, para que o sistema jurídico possa contribuir e regulamentar os novos fenômenos advindos do mundo cibernético, torna-se essencial, de início, debater acerca do surgimento dessa novel categoria

de bens, integrantes do mundo cibernético. Nas palavras de Bruno Lacerda (2021, p. 107), o conhecimento a respeito dos bens previstos no mundo digital “é fundamental para que o direito possa emprestar toda sua carga normativa e axiológica à resolução de novos problemas”.

Posto isso, Lacerda (2021, p. 111) ainda preceitua que, tendo em vista a utilização dos meios tecnológicos e as consequentes interações pessoais, é natural que, no decurso do tempo, restarão depositadas em rede diversas informações, manifestações pessoais e arquivos de cunho econômico, sendo todos interligados a uma determinada pessoa. A reunião dessas informações e manifestações forma a propriedade digital do indivíduo, que terá caráter econômico ou particular, mas, independentemente disso, necessitará de proteção, seja pela ocorrência do evento morte, seja pela manifestação do instituto da incapacidade ou, até mesmo, por violações ao que se encontra armazenado.

No Brasil, segundo Lara (2016, p. 19), mesmo que a classificação de bens digitais não esteja expressa no Código Civil de 2002, o debate torna-se importante para entendimento do assunto, tendo em vista que apenas os bens corpóreos podem ser objetos de compra e venda, enquanto os bens incorpóreos são transferidos por cessão de direitos, e, muito embora esse tenha sido o entendimento doutrinário até então, tem-se que, devido a virtualização da sociedade, o entendimento sobre o tema deve ser alterado, uma vez que os bens corpóreos em quase sua totalidade possuem valor econômico, à medida que os bens incorpóreos podem ou não ser valorados economicamente. Noutras palavras, “esse entendimento de que os bens incorpóreos se transmitem por cessão de direito deverá mudar com o aumento do comércio de bens digitais” (LARA, 2016, p. 20).

Após breves considerações, torna-se possível registrar ligeira síntese no que diz respeito aos bens digitais, sendo possível classificá-los como “uma categoria de bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenham ou não conteúdo econômico” (LACERDA, 2021, p. 113).

Diante do supramencionado, partindo da categorização dos bens digitais como espécie de bens que compõem o patrimônio jurídico de uma determinada pessoa, é importante que o Direito atue no sentido de

regulamentar essa nova categoria jurídica, presidindo da melhor forma possível. Muito embora o sistema normativo brasileiro tenha disposto, recentemente, sobre normas no intuito de salvaguardar as ações que ocorrem no meio digital, ainda não se tem normatização a respeito da destinação desses bens digitais, ficando à mercê do sistema judiciário as decisões sobre o tema.

1.2 Herança digital

Conforme já destacado anteriormente, a evolução dos meios tecnológicos reflete diretamente na caminhada da sociedade em direção à digitalização da vida em geral, com grande impacto nas formas de interação entre os seres vivos.

Como expõe Moisés Fagundes Lara (2016, p. 94), nota-se que o desenvolvimento virtual se realiza de maneira inevitável e com imensa velocidade, ao passo que as novas tecnologias adentram todas as áreas do conhecimento, trazendo uma gama de atividades, antes impensadas pelo ser humano.

Diante dessa acelerada evolução, notória é a dificuldade de o sistema normativo acompanhar todas as alterações. Contudo, como destacado por Bittar (2019), a Ciência Jurídica não pode permanecer estática em face destes novos desafios. Ou seja, “a Teoria do Direito depende de profundas modificações sociais, para creditar mudanças aos conceitos jurídicos, e, com isso, retorcer o Direito em torno das novas categorias sociais em mutação” (BITTAR, 2019, p. 6).

É diante dessa constatação que surge o questionamento a respeito da destinação desses bens digitais após o evento morte, tendo em vista a inexistência de declaração de última vontade, uma vez que, atualmente:

A forma de sucessão causa mortis de bens digitais ainda carece de uma legislação que defina com maiores detalhes essa transferência de patrimônio, muito embora o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), recentemente aprovado, seja um grande passo para o regramento dessas novas relações sociais (LARA, 2016, p. 96).

Ainda, Lara (2016, p. 98) realça a herança como um conjunto de direitos e obrigações que são transmitidos em virtude do falecimento de

uma determinada pessoa e, por força do princípio da Saisine, aqueles bens que foram deixados pelo “de cujus” são transferidos de imediato aos seus respectivos sucessores. Melhor dizendo, via de regra, os bens mudam de proprietário rapidamente, sem passar um segundo sequer ao relento.

Nessa toada, é mister destacar que, assim como os bens tradicionalmente conhecidos, com os bens digitais da mesma forma ocorre, uma vez que o direito de propriedade também deve ser transferido. Assim:

Pois com os bens digitais o direito de propriedade se transfere da mesma forma, porém, o inventário, ou seja, a busca por esses bens, requer um mínimo de conhecimento técnico na área de informática. Requer ainda uma legislação que se adeque aos novos tempos e regulamente a atuação das empresas que comercializam esses bens digitais, de forma que essas empresas não impeçam o acesso dos sucessores ao patrimônio digital deixado pelos de cujus (LARA, 2016, p. 96)

Ou seja, na sociedade hodierna, cada vez mais dependente dos veículos digitais, é muito possível que uma pessoa possa herdar ou tenha interesse de herdar um determinado ativo digital. Sobre isso, Augusto e Oliveira (2015) explicitam:

No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p. 12).

Gabrielle Constantino e André Luiz de Oliveira (2020, p. 8) entendem que a herança digital deve abarcar todos os bens e arquivos digitais estruturados e armazenados em dispositivos eletrônicos, como os livros, senhas e perfis de redes sociais, documentos, arquivos de áudio, filmes, imagens, produções autorais e os diversos bens integrantes do patrimônio digital.

Posto isso, resumidamente, como destacado pelo Projeto de Lei nº 4847/2012, de autoria do Deputado Marçal Filho, tendente a fixar o Capítulo II - A e os artigos 1797 - A a 1797 - C no Código Civil, a herança digital

pode ser conceituada como o conteúdo intangível do falecido, abrangendo tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, como senhas, redes sociais, contas da internet e qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Contudo, diante da possibilidade de transmissão, a título de herança, dos bens armazenados em ambiente digital, surge o questionamento a respeito da privacidade do “de cujus” frente aos bens de conteúdo privado, uma vez que, de acordo com Maici Barboza dos Santos Colombo (2021), tem prevalecido entre os doutrinadores pátrios, bem como na jurisprudência, a justificação da tutela *post mortem* dos direitos da personalidade. Nessa perspectiva, é possível indagar se “os bens digitais acumulados pelo “de cujus” deveriam fazer parte deste todo unitário, sendo considerados parte do complexo de relações jurídicas de uma pessoa E quais bens, dentre estes, seriam passíveis de transmissão?” (GIOTTI; MASCARELLO, 2017, p. 6)

2. Direito à privacidade e direito sucessório: aspectos gerais

Thiago Simões (2008) destaca que o termo *sucessões* remete à ideia de alguém assumindo o lugar de outra pessoa, ou seja, alguém passando a responder por direitos, bens e obrigações contraídas por outrem, caracterizando-se como uma espécie de transmissão de direitos. Em linhas gerais:

Para uma melhor compreensão, podemos dizer que a palavra sucessão deve ser vista sob dois prismas: um subjetivo e outro objetivo. Pelo aspecto subjetivo, trata-se do direito de alguém adquirir bens e obrigações do falecido, ao passo que, sob o aspecto objetivo, refere-se às leis que regem a transferência integral dos bens e das obrigações que compõem o patrimônio do falecido (SIMÕES, 2008).

De outro lado, conforme assinala Maichaki (2018), o direito à privacidade é consequência da própria natureza do homem, levando-se em consideração toda sua complexidade. S, sendo dotado de vontade, razão e consciência, cada indivíduo constitui um sistema particular, na esfera em que aprimora suas habilidades, opiniões e convicções, fazendo surgir, amadurecer e confirmar suas escolhas pessoais.

No meio dessas escolhas, ressaltam-se aquelas referentes ao que se pretende revelar sobre aquilo que ocorre dentro de si. Noutras palavras, são as escolhas a respeito de quais planos elaborados internamente o ser humano pretende pôr em prática, como também a respeito das atitudes desejadas em determinadas situações, além do que dizer, fazer ou não fazer. “Isso tudo compõe uma esfera de liberdade íntima da pessoa, na qual o Estado, não deve, a princípio, interferir” (MAICHAKI, 2018).

Posto isso, superados os primeiros conceitos acerca do Direito, Bens e Herança Digital, conforme citado no capítulo anterior, ao se indagar sobre a destinação dos bens tecnológicos responsáveis por formar a herança digital nas hipóteses de não existir disposição expressa, surge, então, a problemática relacionada ao confronto dos direitos responsáveis por tutelar a sucessão frente ao direito à privacidade e vida íntima do “de cujus”.

Portanto, para que se entenda a discussão sobre a herança digital frente ao direito à privacidade do falecido, faz-se necessário o estudo a respeito dos institutos que integram o direito sucessório e o direito à privacidade.

2.1 Noções introdutórias sobre o direito sucessório

O Direito Sucessório está disposto entre os artigos 1.784 e 2.027, do 5º livro, da parte especial do Código Civil de 2002. Para Pablo Stolze Gagliano (2017), esse ramo do Direito pode ser compreendido como o conjunto de normas que regulamenta a transferência patrimonial de uma pessoa, caracterizando-se como a modificação da titularidade dos bens.

De acordo com Moises Fagundes Lara (2016), a sucessão pode ser conceituada como a transferência de direitos e deveres de um indivíduo para outro, classificando-se em sucessão *inter vivos*, quando ocorre entre pessoas vivas, e *mortis causa*, se dando em razão da morte de uma pessoa, deixando, assim, seu patrimônio aos sucessores.

Além disso, a sucessão hereditária, segundo Gagliano (2017), partindo do ponto de vista normativo, pode ser fracionada em sucessão hereditária legítima (artigos 1.829 a 1.856 do CC/2002), sendo a transmissão da herança regida pelos próprios ditames legais, e sucessão hereditária testamentária (artigos 1.857 a 1.990 do CC/2002), caracterizando-se como

aquela em que a herança se transmite através de um ato jurídico negocial, com viés especial e solene, chamado de testamento.

Em se tratando de herança, Tartuce (2020) a conceitua como o aglutinamento de bens formado em virtude do falecimento de alguém, sendo este conjunto de bens transmitidos aos herdeiros, os quais, de acordo com Lara (2016), podem ser conceituados como aqueles responsáveis por receber o conjunto de bens deixados pela pessoa que faleceu. Além disso, são divididos em legítimos (artigo 1.829 CC/2002), sendo estes os instituídos por lei, obedecendo à ordem de vocação hereditária, testamentários, em referência aos beneficiados pelo “de cujus”, por disposição de última vontade, através do testamento (no caso de coisa ou quantia certa, individualizada, será denominado legatário), e os herdeiros necessários (artigo 1.845 CC/2002), tidos como aqueles a quem metade da herança é assegurada por lei, ou seja, os descendentes, ascendentes e o cônjuge ou companheiro.

Tanto na sucessão legítima como na sucessão testamentária, com base no artigo 1.784 do CC/02, tem-se que, em razão do evento morte, ocorre a abertura da sucessão, sendo a herança transmitida, desde logo, aos herdeiros. Para Tartuce (2017, p. 20), “trata-se da consagração da máxima *droit de saisine*, uma das regras fundamentais do Direito das Sucessões, tida por muitos juristas como verdadeiro princípio jurídico sucessório”. Ou seja, por força do princípio da *saisine*, após a morte do indivíduo, ocorre a transmissão automática e imediata da herança aos herdeiros legítimos e testamentários.

Nesse aspecto, é importante destacar a influência do direito digital nas regras que regulam o direito sucessório, tendo em vista que, com o surgimento da nova categorização de bens previstos no ambiente virtual, cabe ao direito o reajuste para disciplinar da melhor maneira acerca da destinação da herança digital. Livia Teixeira Leal (2018) estabelece que os novos hábitos decorrentes do uso da internet, nos mais diversos campos da vida, criam reflexos relevantes no mundo jurídico, operando tanto em função de situações jurídicas patrimoniais como não patrimoniais.

Assim, tendo em vista a ausência de regulamentação jurídica acerca da destinação do acervo deixado pelo usuário após seu perecimento, diversas iniciativas operam buscando orientações junto ao direito sucessório,

partindo do pressuposto de transmissão patrimonial, como tradicionalmente é conhecida.

Contudo, seguindo o ponto de vista de Livia Teixeira Leal (2018):

[...] não se pode descurar que a internet constitui, hoje, um importante meio de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, envolvendo questões atinentes a aspectos existenciais relevantes, que não são passíveis de transmissão. Como se destacou, não há transmissão sucessória dos direitos da personalidade, e sim a existência de um interesse juridicamente relevante que é tutelado pelo ordenamento mesmo após a morte do sujeito. Desse modo, tal proteção pode se operar inclusive em face do acesso indevido dos familiares, e a legitimidade para pleitear a proteção de tais direitos da pessoa falecida não deve estar restrita aos herdeiros, devendo ser ampliada a terceiros juridicamente interessados (LEAL, 2018. p. 196).

2.2 Direito à privacidade: conceito e classificação

A princípio, antes de adentrar o tema, destaca-se a importante distinção existente entre os termos intimidade e privacidade. O vocábulo intimidade, segundo Alessandro Hirata (2017), pode ser considerado na esfera reservada, relacionado ao que o ser humano resguarda para si próprio, longe da ideia de repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada. De outro lado, de acordo com Maichaki (2018), a privacidade está relacionada ao que, dessa esfera íntima, é de alguma maneira exposta, mas que o indivíduo opta que não seja de conhecimento público, mas somente seu ou de quem o seja conveniente.

Independentemente de qualquer distinção entre as terminologias, a privacidade e a intimidade são resguardadas pelo Direito, recebendo maior destaque nacionalmente, inclusive, após a publicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, em relação a essa distinção, Alexandre de Moraes (2003) leciona que os conceitos de intimidade e vida privada previstos no texto constitucional, muito embora estejam diretamente interligados, podem ser diferenciados pelo fato de o direito à intimidade possuir menor amplitude se comparado ao direito à privacidade, ou seja, o primeiro encontra-se na área de incidência do segundo.

Integrando o seletor o rol de cláusulas imodificáveis (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF/88), o ordenamento jurídico brasileiro resguarda estes direitos no artigo 5º, inciso X, da CRFB/88, dispondo ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, além de assegurar o direito a indenização pelos danos, sejam morais ou materiais, decorrentes de sua violação.

Além disso, o artigo 21 do CC/2002, encontra-se dentro do rol de direitos da personalidade, caracterizados como inerentes à própria pessoa, e reconhece ser inviolável a vida privada do ser humano, podendo o interessado, igualmente, requerer que o Judiciário adote as providências necessárias para impedir e cessar o que contrariar esse dispositivo. Em outras palavras, “constituem-se de garantias de que o cidadão está munido contra abusos de terceiros ou mesmo do arbítrio dos governantes” (MAICHAKI, 2018).

Diante do que foi dito, há de se comentar, ainda, sobre o avanço tecnológico, principalmente no campo da informática, e sua incidência no direito à privacidade. Para Maichaki (2018), essa nova demanda exige do Direito novas respostas frente aos novos desafios, dentre os quais se incluem aqueles correlacionados à herança digital, ou seja, o direito de acesso aos arquivos e dados guardados em ambiente tecnológico, incluindo as interações armazenadas em redes sociais, que teriam os herdeiros de uma determinada pessoa. Sobre o tema e o aparente conflito:

Conforme se depreendeu da análise da decisão do Tribunal Federal Alemão de Karlsruhe, que determinou ao Facebook a liberação aos pais do acesso integral à conta de sua filha na rede social, houve um claro reconhecimento do direito à “herança digital”. Foram rechaçados todos os argumentos do requerido que sustentavam que a liberação do acesso feriria o direito à privacidade da garota falecida e de terceiros com os quais ela se comunicou em vida. Afirmou-se, basicamente, que o vínculo contratual entre a garota e a rede social transferiu-se aos herdeiros e que o acesso destes às suas conversas é equivalente ao acesso a possíveis registros escritos que tenha deixado em diários, anotações e cartas (MAICHAKI, 2018, p. 152).

Afinal, questiona-se: o direito à privacidade e vida íntima, previsto tanto no Código Civil de 2002, como na Constituição Federal de 1988, deixa de existir com a morte do indivíduo?

2.3 Tutela *post mortem* dos direitos da personalidade

Sabe-se que o pressuposto basilar para que se possibilite ao indivíduo a proteção e tutela de seus bens e interesses jurídicos é a qualidade de ser sujeito de direitos, adquirida com a incidência da personalidade civil. Todavia, de acordo com o artigo 6º do CC/02, tem-se finalizada a existência da pessoa natural após o evento morte e, por consequência, o encerramento da personalidade civil.

Entretanto, “apesar da morte, o corpo da pessoa, a sua imagem e a sua memória podem influir no curso social e perdurar no mundo das relações jurídicas, mesmo que o seu titular não seja mais sujeito de direitos, merecendo uma proteção jurídica autônoma” (BELTRÃO, 2015). Para o autor, é o caso das partes individualizadas do corpo do ser humano, suas deliberações de última vontade, sua honra, imagem, identidade, como também sua vida privada e demais deliberações deixadas.

Nesse ínterim, para que seja possível a compreensão acerca da tutela *post mortem* dos direitos à privacidade e vida íntima, se faz necessário reconhecer que tal proteção se explica quando aplicada em prol da personalidade em sua perspectiva objetiva, condicionada a um bem relevante no meio social e diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88.

Assim sendo, Maici Barboza Colombo (2021) destaca que a personalidade que busca ser tutelada por intermédio dos direitos da personalidade não diz respeito à subjetividade, relacionada à aptidão do sujeito para atuar nas relações jurídicas ou à qualidade ser titular de direitos e deveres na ordem civil, mas à condição da pessoa humana propriamente dita, tendo em vista suas múltiplas manifestações, até mesmo aquelas que estendem sua projeção após o falecimento do titular. Em consideração a isso:

O art. 11 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/2002) impôs a regra da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, salvo exceções previstas na lei, ao mesmo tempo em que estendeu a legitimação para propor as medidas relativas à ampla tutela desses direitos aos familiares do falecido (arts. 11 e 20 do CC/2002). Seria, então, essa legitimação dos familiares uma exceção legal à intransmissibilidade? (COLOMBO, 2021, p. 252).

Com vistas à efetiva proteção aos bens relacionados ao direito da personalidade do “de cujus”, o CC/02, em seu parágrafo único, artigo 12, dispõe acerca da tutela jurídica da personalidade humana após a morte, atribuindo legitimidade aos familiares sucessíveis, concorrentemente, para requerimento das adequadas providências.

Portanto, traçados os contornos teóricos acerca da titularidade dos entes familiares ao que tange a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade, resta necessário observar sua forma de aplicação junto ao ambiente tecnológico, afinal de contas, conforme mencionado anteriormente, o crescente uso dos serviços virtuais responsáveis por armazenar dados, bem como das mídias digitais e da comunicação digital na atualidade, são fatos sociais que ensejam a readequação categórica dos institutos jurídicos relacionados à proteção da personalidade. A respeito do tema:

O Poder Legislativo respondeu a essas demandas por meio da edição de duas importantes leis: O Marco Civil da Internet (Lei Federal 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal 13.709/2018). A primeira estabelece “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil” e a segunda dispõe sobre o “tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Como percebido por Livia Teixeira Leal, não há nesses diplomas nenhuma menção expressa ao tratamento de dados pessoais da pessoa falecida, “o que, entretanto, não deve ser impedimento para que haja a proteção *post mortem* desses dados” (COLOMBO, 2021, p. 265).

Maichaki (2018) assevera que o dispositivo estabelecido pelo artigo 12 do CC/02 trata-se de exceção pontuada da regra de intransmissibilidade, com base na defesa contra a ofensa ao direito da personalidade do próprio falecido e, além disso, não serve como parâmetro de comparação com a ideia de herança digital, admitido que os sucessores possam até mesmo acessar as contas em redes sociais do “de cujus”.

À vista disso, Fernando Taveira Jr (2018) estabelece que diversos bens digitais, sendo eles objetos de direito, estão passíveis de sofrer algum tipo de violação sob a óptica dos direitos da personalidade, e, portanto, a proteção do sistema jurídico no ordenamento pátrio deve ser a mais eficiente possível. Em realidade:

[...] a estrutura dogmática construída em torno dos direitos de personalidade, no âmbito civil, assume um papel fundamental

na tutela de bens digitais importantes à pessoa. Destaca-se que quaisquer desses direitos merecem proteção da ordem jurídica, independentemente do avanço legislativo [...] (TAVEIRA JR., 2018, p. 153).

Como consequência, comenta-se, agora, a respeito do conflito denotado entre a herança digital, em seu caráter patrimonial e não patrimonial, frente ao direito à privacidade e vida íntima do falecido.

3. Herança digital frente ao direito sucessório

Para Gabrielle e André Brum (2020), mesmo diante da existência de uma imensa carga valorativa atribuída à herança digital, quer seja pelo seu caráter econômico, quer seja pelo seu valor sentimental, e, tendo em vista a ausência de regulamentação jurídica específica, ainda não há certeza sobre sua destinação aos familiares na hipótese de morte do usuário.

Ainda sobre o tema, Terra, Oliva e Medon (2021) lecionam a respeito da existência de duas ramificações doutrinárias sobre o tratamento sucessório atribuído ao patrimônio digital. A primeira se relaciona à ideia de transmissibilidade, ao passo que a segunda abarca o conceito de intransmissibilidade. Em linhas gerais:

[...] os defensores da intransmissibilidade sustentam que nem todos os bens digitais são passíveis de transmissão, havendo, portanto, dois regimes jurídicos distintos aplicáveis a referidos bens. Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal, nessa linha, aduzem que “ao menos a priori, somente deveria seguir a regra geral do direito sucessório os bens com característica patrimonial, ao passo que os demais não estariam sujeitos à transmissão para seus herdeiros em virtude da preservação da privacidade”, tanto do de cujus como de todos os terceiros que se relacionem com o conteúdo deixado na rede. Aludidos autores sustentam que nem mesmo o titular do acervo digital poderia, em vida, optar por futura destinação de seu patrimônio para eventuais herdeiros quando o seu conteúdo pudesse “comprometer a personalidade de outrem, o que ocorre com conversas de WhatsApp, e-mail e também em redes sociais que dotam de espaços reservados para conversas particulares, como as direct messages do Facebook e do Instagram” (TERRA; OLIVA; MEDON, 2021, p. 140).

Nessa senda, utilizando-se a segunda corrente doutrinária como ponto de partida, o fato é que, segundo os autores, por mais que o termo utilizado

esteja alinhado à ideia de não se transmitir, em verdade, o que se pressupõe não é a ideia de intransmissibilidade total dos ativos digitais, mas somente daqueles bens personalíssimos, em que a sucessão acarrete violação de determinados direitos da personalidade, em especial o da privacidade.

Posto isso, “mais acurado seria, portanto, utilizar a expressão ‘transmissibilidade parcial’ ou ‘hereditabilidade parcial’, que se contraporía à ‘transmissibilidade plena’ defendida pela outra corrente, comumente designada apenas como ‘transmissibilidade’ ou ‘hereditabilidade’ ” (TERRA; OLIVA; MEDON, 2021, p. 141).

Portanto, partindo-se do pressuposto da categorização de bens digitais parcialmente indisponíveis a título de transferência aos herdeiros legítimos ou testamentários, em face dos preceitos estabelecidos pelos direitos da personalidade, em especial o que dispõe o direito à privacidade, torna-se imprescindível tecer algumas considerações sobre o tema.

4. Herança digital *versus* direito à privacidade

De acordo com Colombo (2021), é possível concluir que o alcance ao acervo digital de caráter extrapatrimonial do de cujus não encontra, ainda, amparo no direito sucessório tradicional, dado que os direitos da personalidade se caracterizam como intransmissíveis. Dessa forma, a proteção *post mortem* do direito à intimidade e à vida privada “fundamenta-se no interesse social e juridicamente relevante de prover um escudo em favor do núcleo afirmativo da personalidade após o decesso do titular” (COLOMBO, 2021, p. 265).

Dito isso, frente ao debate acerca da herança digital – especialmente quando se fala em bens integrantes da esfera íntima do indivíduo – e do desrespeito ao direito à privacidade do “de cujus”, nota-se evidente conflito entre direitos constitucionalmente garantidos: o direito de herança, elencado no inciso XXX, e o direito à privacidade, disposto no inciso X, ambos componentes do rol de direitos fundamentais previstos pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Em outros termos:

[...] tanto o direito à herança quanto o direito à intimidade são direitos constitucionalmente garantidos, inclusive possuem a mesma localização topográfica. Ambos constantes do rol dos direitos fundamentais. A ponderação entre tais direitos precisa ser

feita de forma cautelosa para que não haja supressão de um direito fundamental em prol de outro direito igualmente fundamental (FRAGA, 2019).

Nesses termos, segundo o professor Flávio Tartuce (2020), em casos como esse, de difícil solução, os direitos fundamentais e princípios devem ser manejados, pelo aplicador do Direito, por meio do uso da técnica da ponderação, visando sempre buscar a melhor solução, com vistas à consecução de um juízo de razoabilidade embasado nas circunstâncias do caso concreto.

É mister destacar que a técnica supracitada fora incluída de forma expressa no Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 489, parágrafo 2º, determinando que, “[...] no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2015).

Além disso, conforme afirmado anteriormente, o pressuposto basilar para a incidência dos direitos da personalidade é a autonomia existencial. Segundo Colombo (2021), é possível que o titular dos bens tecnológicos, antes de falecer, estabeleça a destinação, por meio de disposição testamentária, desejada aos seus dados e contas digitais, sendo possível, inclusive, a nomeação de terceiros para a defesa de seus objetivos. Sendo que “a declaração de vontade pode ser feita por disposição testamentária ou codicilar, apesar de não se tratar a rigor de herança, pois esses instrumentos não se restringem a disposições de caráter patrimonial” (COLOMBO, 2021, p. 265).

Ou seja, é justamente pelo fato de não se tratar de herança em sentido tradicional que a disposição de última vontade do titular pode se concretizar de outros modos, uma vez que, não se tratando de atos inequívocos, não haverá necessidade de forma puramente solene.

Contudo, há de ser destacado que:

Se não houver declaração volitiva do titular das contas e dados digitais, à luz das diretrizes apresentadas para a proteção póstuma da personalidade, o acesso a esse conteúdo digital deverá ser concedido apenas excepcionalmente aos legitimados para a tutela da personalidade da pessoa falecida e na medida em que seja necessário

para assegurar a proteção reservada a esse centro autônomo de interesses (COLOMBO, 2021, p. 266)

Outro fator a ser considerado, ainda, é que a exclusão de uma determinada conta virtual, com sua consequente extinção e de todas as informações ali contidas, pode acarretar em prejuízos tanto ao falecido como a terceiros. Assim dizendo:

Os herdeiros, que dão continuidade às relações contratuais não personalíssimas do “de cujus”, não terão acesso, por exemplo, a e-mails que podem comprovar o cumprimento da prestação, a constituição em mora pelo de cujus, e outras intercorrências contratuais, o que acarretará grave assimetria informacional em relação à outra parte do contrato. Os pais podem armazenar todos os documentos dos filhos menores em sua conta digital; o de cujus poderia até mesmo estar na posse de documento digital na qualidade de depositário. Pastas digitais com informações sobre os imóveis da família, declarações de imposto de renda com os comprovantes, essenciais para o inventário, que podem estar apenas na nuvem sem cópia física, tudo isso, num passe de mágica, desapareceria, gerando graves danos aos sucessores e mesmo a terceiros interessados (TERRA; OLIVA; MEDON, 2021, p. 150).

Portanto, Maici Colombo (2021) conclui que o tratamento atribuído ao patrimônio digital do usuário falecido deve levar em consideração a legitimidade do exercício da autonomia existencial, a obediência à personalidade e a preservação dos interesses de terceiros, quer seja os familiares legitimados para a proteção post mortem, quer seja terceiros que conviviam junto ao de cujus. Isto significa que:

[...] a regra deve ser a atuação dos legitimados com fundamento na tutela póstuma da personalidade apenas quando for identificado o interesse na preservação da personalidade *post mortem*, enquanto valor objetivo. Isso não significa que deverão ser ignorados os legítimos interesses dos familiares ou de terceiros, de modo que eventual acesso pode ser autorizado judicialmente (COLOMBO, 2021. p. 268)

4.1 Herança digital em face da ausência legislativa

Por mais que a discussão a respeito da herança digital no ambiente jurídico nacional seja recente, alguns casos já começam a ganhar forma, dando ênfase, inclusive, ao caráter personalíssimo atribuído ao acervo tecnológico.

Nos tribunais pátrios, segundo Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal (2020), a primeira discussão a ganhar destaque ocorreu em 2013, situação em que uma mãe solicitou ao facebook, pelas vias administrativas, a desativação da conta da filha falecida, indicando que o perfil estava se ocupando em receber lamentações, uma vez que os amigos que a jovem tinha na plataforma permaneceram publicando mensagens, músicas e fotos. Assim:

Diante da resposta fornecida pelo provedor, que informava que seria necessário que a solicitante recorresse às sedes administrativas localizadas nos Estados Unidos e na Irlanda, foi ajuizada uma ação para a exclusão do perfil. A juíza da 1ª Vara do Juizado Especial Central do Estado de Mato Grosso do Sul deferiu o pedido em sede liminar, determinando a exclusão da página (HONORATO; LEAL, 2020, p. 161)

Ainda sobre o assunto, os autores comentam sobre a decisão do Juízo da Vara Única de Pompeu, em Minas Gerais, no ano de 2019, em relação ao processo nº 0023375-92.2017.8.13.0520, que corre em segredo de justiça. Na ocasião, foi negado aos familiares o acesso aos dados contidos no aparelho celular do de cujus, levando em consideração o sigilo das comunicações e a proteção de direitos da personalidade de terceiros, bem como a intimidade do falecido.

Percebe-se, diante disso, a tentativa do sistema judiciário em colmatar a lacuna legislativa no que diz respeito à regulamentação acerca da destinação atribuída aos bens digitais. Por mais que ainda não exista previsão legal sobre o tema, para além do que têm entendido os tribunais, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que visam regularizar a situação o referente ao patrimônio digital.

O Projeto de Lei nº 4099/2012, proposto pelo Deputado Jorginho Mello, objetiva alterar o artigo 1.788 do Código Civil de 2002, inserindo o parágrafo único da seguinte forma: “serão transmitidos aos herdeiros

todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança” (BRASIL, 2012),

Posteriormente, apresentado pelo Deputado Marçal Filho, o Projeto de Lei nº 4847/2012, se propôs a acrescentar o Capítulo II-A ao CC/02, em conjunto com os artigos 1.797-A a 1.797-C, com a seguinte redação:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – senhas;

II – redes sociais;

III – contas da Internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I - definir o destino das contas do falecido;

a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário (BRASIL, 2012).

Nesse caso, como justificativa acertada, fora destacado que, muito embora o conceito de herança digital seja pouco difundido, é importante que exista legislação específica para resguardar os direitos dos familiares na condução do patrimônio digital do falecido. É relevante esclarecer que o mesmo dispositivo legal estabelecido pelo Projeto de Lei nº 4847/2012 foi apresentado pelo Projeto de Lei nº 8.562/2017.

Além dessas disposições destacadas, outros Projetos se ocuparam em dispor acerca da herança digital junto à Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Segundo Honorato e Leal (2020), o Projeto de Lei nº 1.331/2015 buscou alterar o inciso X do artigo 7º, no intuito de determinar a legitimidade do cônjuge, ascendentes e descendentes para propor a retirada dos dados pessoais do “de cujus”.

Ainda, o Projeto de Lei nº 7.742/2017 tentou incluir o artigo 10-A à Lei do Marco Civil da Internet, com a seguinte redação:

Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la (BRASIL, 2017).

Destaca-se que todos os projetos de lei acima citados se encontram arquivados. Todavia, ainda está em tramitação o PL nº 5.820/2019, visando acrescentar o parágrafo 4º ao artigo 1.881 do CC/02. Nessa hipótese, fora destacado que, para a herança digital, entendida como as redes sociais, livros, fotos e vídeos, além de outros ativos armazenados no ambiente virtual, o codicilo em vídeo dispensa as testemunhas para obter validade.

Por fim, o último Projeto de Lei a respeito da herança digital ainda em tramitação no Legislativo é o de nº 6.468/2019 e limita-se a reproduzir o mesmo texto do PL nº 4099/2012.

Diante de todo o exposto, segundo Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal (2020), até mesmo o Projeto de Lei nº 3.799/2019, que pretende alterar todo o Livro que disciplina o Direito das Sucessões no Código Civil de 2002, em nada comenta sobre a herança digital, deixando ainda mais nítida a necessidade de o Congresso Nacional discutir a forma mais adequada

de legislar sobre esse tema. Em outras palavras, frente à omissão do PL retro, “acredita-se que a temática herança digital poderá ser incluída nesta propositura após debates e evoluções nas casas legislativas, sopesando-se o objetivo deste em reformular e atualizar toda a normativa sucessória brasileira” (HONORATO; LEAL, 2020, p. 161).

Portanto, ao prosseguir com as análises acerca dos projetos legislativos vigentes ou, até mesmo, para a propositura de um novo, é imprescindível que o Poder Legislativo observe a técnica de sopesamento principiológica, com base no critério de harmonia do ordenamento, levando em consideração as mais diversas situações. Frisa-se, por fim, que, ao se tratar de bens com caráter personalíssimo, é importante que o direito à privacidade do de cujus seja prestigiado em desfavor do direito à herança dos herdeiros, uma vez que essa modalidade de bens integra o patrimônio íntimo do usuário, logo, os critérios adotados para sopesamento devem estar aptos a atender da melhor forma possível o princípio da dignidade da pessoa humana, elemento basilar do ordenamento jurídico pátrio.

Considerações finais

Com o advento da modernidade e a conseqüente evolução da tecnologia, fora possibilitado à sociedade uma experimentação autêntica e antes inimaginável, levando à alteração de padrões comportamentais e de costumes, tendo em vista a constante imersão e dependência aos meios virtuais.

Naturalmente, a digitalização da sociedade repercute diretamente em vários ramos do Direito, de maneira especial no Privado, não deixando de fora o Direito das Sucessões. Assim, considerando que o Direito Sucessório se ocupa em dar continuidade às relações jurídicas, por meio da transferência, em virtude do falecimento, de direitos e deveres aos respectivos sucessores, sejam legítimos ou testamentários, novas são as indagações que a Ciência Jurídica deverá examinar.

Nesse sentido, entende-se que o ser humano, durante toda sua existência, utiliza os meios tecnológicos e, por conseguinte, acumula e armazena uma gama de bens digitais, responsáveis por constituir um genuíno patrimônio virtual, representando uma identidade única e podendo ser dotado de valor econômico e/ou sentimental.

Todavia, a controvérsia acerca do destino desse acervo digital deixado pelo “de cujus” ocasiona uma série de questionamentos sobre a probabilidade de se transferir, aos devidos sucessores, os bens digitais pertencentes à sua pessoa, uma vez que, como fora discutido em linhas anteriores, os direitos da personalidade restam extintos com o evento morte.

Muito embora o Código Civil de 2002 estabeleça essa modalidade de extinção, destacou-se a existência de um centro de interesses, interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, merecedor de proteção pelo ordenamento jurídico, sendo este o argumento para a continuação da tutela dos direitos da personalidade após o perecimento do usuário.

Existem duas modalidades de intromissão sucessória no patrimônio digital do “de cujus”. A primeira delas refere-se àqueles bens dotados de valoração econômica, responsáveis por compor a herança como tradicionalmente é conhecida, logo, torna-se possível efetuar uma interpretação extensiva do CC/2002. A segunda diz respeito ao acervo intangível, de caráter pessoal, sem valor econômico e, dessa forma, deve respeitar a disposição de última vontade do falecido, ou, quando não houver, o acesso poderá ser pleiteado pelos herdeiros por meio da via judicial.

Insta observar, ainda, que, ao se tratar de bens digitais personalíssimos, percebe-se a existência de um conflito entre direitos constitucionalmente garantidos: o direito à privacidade e vida íntima frente ao direito à herança dos sucessores. À vista disso, salienta-se a necessidade de execução da técnica de ponderação normativa pelo aplicador do direito nos casos concretos, levando em consideração a lacuna legislativa sobre a herança digital.

De outro lado, ao examinar os projetos legislativos em trâmite ou propor um novo projeto, é imperioso que o Poder Legislativo observe o sopesamento dos princípios envolvidos, de modo a resguardar, especialmente quando se tratar de bens personalíssimos, como as redes sociais, o direito à privacidade do falecido em frente ao direito patrimonial dos sucessores, para que não seja possibilitado o acesso imoderado pelos simples fato de comporem a rede de sucessões.

Destaca-se, além do mais, a ausência de legislação específica no ordenamento jurídico pátrio acerca da herança digital, o que tem levado, em certos casos, a aplicação extensiva na normatização relativa ao Direito das Sucessões, uma vez que esse ramo, em hipótese alguma, veda a existência de patrimônio virtual. Uma saída para essa problemática, muito embora não seja de praxe dos brasileiros, seria a confecção de um testamento digital, como disposição de última vontade do usuário, a respeito do patrimônio cibernético, ganhando ainda mais relevância quando se trata de bens de cunho privado, em que não se deseja o acesso de terceiros.

À vista disso, reitera-se a relevância de confecção de normas próprias acerca da herança digital, de forma a deixá-la mais acessível e viável, no intuito de atenuar as interpretações jurisprudenciais, deixando-as apenas para os casos de maior complexidade.

Importante destacar, por fim, que, não existindo disposição de última vontade do falecido, resta necessária a confecção de inventário dos bens. Em relação aos bens de caráter econômico, deverá ser disponibilizado o ingresso dos herdeiros ao seu conteúdo. Já a respeito dos bens de cunho pessoal, até que sejam regulamentados por legislação específica, irão depender de anuência do Poder Judiciário para que o acesso ao conteúdo seja liberado ou para que sejam excluídos das redes virtuais.

Destaca-se, novamente, a importância de as decisões judiciais serem embasadas pelos critérios de harmonização do ordenamento, levando em consideração que, em se tratando de bens personalíssimos, integrantes do centro de interesses pessoais do usuário, é importante que seja privilegiado o direito à privacidade e vida íntima do “de cujus” em prejuízo ao direito à herança dos herdeiros, atendendo aos parâmetros da hermenêutica jurídica e respeitando a dignidade do ser humano.

Referências

AUGUSTO, Naiara; OLIVEIRA, Rafael. **A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cujus”**. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, n 3º, 2015, Santa Maira/RS.

BARBOSA, Larissa Furtado. **A herança digital na perspectiva dos direitos da personalidade: a sucessão dos bens armazenados virtualmente**. 2017. 73 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceara, Fortaleza, 2017.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Tutela Jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa**. Revista de Processo, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.07.PDF. Acesso em: 24 de julho de 2021.

BRASIL, **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 de nov, 2021.

BRASIL, **Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 23 de out, 2021.

BRASIL. **Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 01 de out, 2021.

BRASIL. **Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8562, de 2017**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 11 de nov, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 4. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 de out, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.099, de 2012**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível

em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012. Acesso em: 15 de out, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.847, de 2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 15 de out, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1.331, de 2015**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet, dispondo sobre o armazenamento de dados de usuários inativos na rede mundial de computadores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 20 de out, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 7742, de 2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017. Acesso em: 20 de out, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5820, de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019. Acesso em: 21 de out, 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 6468, de 2019**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239>. Acesso em: 22 de out, 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 3799, de 2019**. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Disponível em: <https://>

www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498. Acesso em: 24 de out, 2021.

BRASIL. lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, março, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 de out, 2021.

BITTAR, Eduardo. **A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito**. Revista Direito e Praxis, Rio de Janeiro, Vol. 10, p. 933-961, 2019.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. **Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital**. In: TEIXEIRA, Ana; LEAL, Livia (coord.). Herança digital (recurso eletrônico): controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 249-287; ePUB.

CONSTANTINO, Gabrielle; BRUM, André. **A herança digital e sua transmissão post mortem**. Revista Eletrônica da ESA/RO. Disponível em: https://revistaesa.oab-ro.org.br/gerenciador/data/uploads/2020/10/Gabrielle-Constantino_Andre%CC%81-L.-de-Oliveira-Brum.pdf. Acesso em: 29 de set, 2021.

FERRAZ, Ana Carolina do Rego Costa. **Herança Digital: o acesso às contas digitais de pessoas falecidas e a tutela da privacidade**. 2020. 59 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2020.

FRAGA, Claudia Barreto. **Herança Digital e Direito à Intimidade: A Ponderação de Normas Constitucionais na Proteção da Intimidade de Terceiros**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/heranca-digital-e-direito-a-intimidade-a-ponderacao-de-normas-constitucionais-na-protecao-da-intimidade-de-terceiros/>. Acesso em: 30 de nov, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIOTTI, Giancarlo Barth; MASCARELLO, Ana Lúcia de Camargo. Herança digital. in: **simpósio de sustentabilidade e contemporaneidade nas ciências sociais**, n 5º, 2017, Cascavel/PR.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 19 de out, 2021.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso gugu liberato**. Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 23, p. 125-173, jan./mar. 2020.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais: em busca de um microsistema próprio**. In: TEIXEIRA, Ana; LEAL, Livia (coord.). Herança digital (recurso eletrônico): controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 107-137; ePUB.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança digital (livro eletrônico)**. Porto Alegre, RS: s.c.p., 2016.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e Morte do Usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital**. Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

MACIEL, Camilla; COSTA, Vanuza. **Herança Digital: a emitente necessidade de regulamento no ordenamento jurídico brasileiro**. informa paraíba – fique bem informado, 2021. Disponível em: <https://informaparaiba.com.br/2021/05/19/heranca-digital-a-eminente-necessidade-de-regulamentacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 02 de out, 2021.

MAICHAKI, Marcos. herança digital: o precedente alemão e os direitos fundamentais à intimidade e privacidade. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 136-155, Jul/Dez. 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. UnB Aprender. Disponível em: https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale. Acesso em: 01 de out, 2021.

ROCHA, Anna Carolina Turati. **Herança digital: como se dá a transmissão mortis causa de bens digitais no ordenamento jurídico brasileiro?**. 2019. 34 f. Artigo de Graduação - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

Sem autor. **Direito Digital (Guia Completo): Tudo que você precisa saber**. FIA, 2018. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/direito-digital/>. Acesso em: 02 de out, 2021.

Sem autor. **Direito digital no Brasil: entenda como funciona**. OA Sociedade de Advocacia, 2021. Disponível em: <https://oa.adv.br/noticias/direito-digital-no-brasil/>. Acesso em: 02 de out, 2021.

SIMÕES, Thiago. **Os fundamentos do Direito das Sucessões**. IBDFAM, 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/409/Os+fundamentos+do+Direito+das+Sucess%C3%B5es>. Acesso em: 18 de out, 2021.

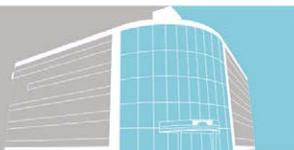
TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TARTUCE, Flavio. **Herança digital e sucessão legítima – Primeiras reflexões**. IBDFAM, 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1301/Heran%C3%A7a+digital+e+sucess%C3%A3o+leg%C3%ADtima+-+Primeiras+reflex%C3%B5es>. Acesso em: 12 de nov, 2021.

Tartuce, **Flávio Direito civil**, v. 6: direito das sucessões 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TAVEIRA JR., Fernando. **Bens digitais (digital assets) e sua proteção pelos direitos da personalidade: um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira**. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBooks – Simplíssimo, 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. **Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis**. In: TEIXEIRA, Ana; LEAL, Livia Teixeira (coord.). Herança digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 134-177; ePUB.



A Revisão Geral Anual (data-base) do subsídio de vereadores como direito constitucional na apreciação dos Tribunais de Contas Estaduais

The Annual General Review Of The Allowances
Subsidy As A Constitutional Right In The
Appreciation Of The State Courts Of Accounts

La Revisión General Anual De La Subvención De
Dotaciones Como Derecho Constitucional En El
Valor De Los Tribunales De Cuentas Del Estado

Marcos Divino Silvestre Emílio¹

Vinicius Pinheiro Marques²

1 Especialista em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins. Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins. Especialista em Auditoria em Saúde pela Fundação Universidade do Tocantins com o Instituto de Administração Hospitalar e Ciências da Saúde. Especialista em Direito Municipal pelo Instituto de Direito Aplicado ao Setor Público. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas da Universidade Luterana do Brasil. Bacharel em Administração pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Palmas da Universidade Luterana do Brasil. Advogado sócio proprietário da Emilio & Alves Advocacia. E-mail: marcosemilio950@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins e do Programa de Pós-Graduação Profissional em Administração Pública em Rede Nacional. Professor dos cursos de Direito da Universidade Federal do Tocantins, centro Universitário Luterano de Palmas e Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: viniciusmarques@uft.edu.br

RESUMO

A federação brasileira está estruturada a partir de entes federativos dotados de autonomia parcial, com recursos próprios, e com atribuições direcionadas pela Constituição Federal de 1988. O município, pela sua trajetória história da construção política e constitucional do país assumiu papéis relevantes e estáveis dentro da nova sistemática constitucional. A Emenda Constitucional n. 19 de 1998, inovou inúmeros aspectos da administração pública nas suas três esferas, dentre as alterações se destaca a possibilidade de aplicação do instituto da revisão geral anual ao subsídio dos vereadores, sendo este instituto o objeto da presente pesquisa. O método empregado foi o dedutivo, com revisão de literatura, utilizando livros, artigos, documentos históricos e analisando a legislação constitucional sobre o tema, buscando ainda informações históricas do papel das câmaras municipais no cenário político e constitucional brasileiro, complementando-se a pesquisa através da análise sobre a competência e posicionamento dos Tribunais de Contas, que são favoráveis à aplicação do instituto da revisão geral anual ao subsídio dos vereadores, destacando e ainda a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, que recentemente alterou o seu entendimento a respeito da aplicação do instituto aos subsídios dos parlamentares municipais. Verificou-se que, sob a ótica constitucional, em consonância com os julgados das cortes de contas, os vereadores têm direito à revisão geral da remuneração do subsídio, como mecanismo de combate à corrosão natural do valor da moeda e do seu poder de compra.

Palavras-chave: *Subsídio; Revisão geral anual; Apreciação; Tribunais de Contas.*

ABSTRACT

The Brazilian federation is structured from federative entities endowed with partial autonomy, with its own resources, and with attributions directed by the Federal Constitution of 1988. The municipality, due to its history of political and constitutional construction in the country, assumed relevant and stable roles within the new constitutional system. Constitutional Amendment no. 19 of 1998, innovated innumerable aspects of the public administration in its three spheres, among the alterations the possibility of applying the institute of the annual general review to the subsidy of the councilors stands out, being this institute the object of the present research. The deductive method was used, with a literature review, using books, articles, historical documents and analyzing the constitutional legislation on the topic, also

seeking historical information on the role of city councils in the Brazilian political and constitutional scenario, complementing the research through of the analysis on the competence and positioning of the Courts of Accounts, which are favorable to the application of the institute of the annual general review to the councilors' subsidy, highlighting and also the jurisprudence of the Court of Auditors of the State of Tocantins, which recently changed its understanding regarding the application of the institute to the subsidies of municipal parliamentarians. It was found that, from the constitutional point of view, in line with the judgments of the court of accounts, councilors are entitled to a general review of the remuneration of the subsidy, as a mechanism to combat the natural corrosion of the value of the currency and its purchasing power.

Keywords: *Allowance; Annual general review; Appreciation; Audit office.*

RESUMEN

La federación brasileña se estructura a partir de entidades federativas dotadas de autonomía parcial, con recursos propios y atribuciones que ordena la Constitución Federal de 1988. El municipio, por su historia de construcción política y constitucional en el país, asumió roles relevantes y estables. dentro del nuevo sistema constitucional. Enmienda Constitucional núm. El 19 de 1998, innovó innumerables aspectos de la administración pública en sus tres ámbitos, entre las alteraciones se destaca la posibilidad de aplicar el instituto de la revisión general anual a la subvención de los concejales, siendo este instituto objeto de la presente investigación. Se utilizó el método deductivo, con revisión de la literatura, utilizando libros, artículos, documentos históricos y analizando la legislación constitucional sobre el tema, buscando también información histórica sobre el papel de los ayuntamientos en el escenario político y constitucional brasileño, complementando la investigación a través de el análisis sobre la competencia y posicionamiento de los Tribunales de Cuentas, que son favorables a la aplicación del instituto de revisión general anual a la subvención de concejales, destacando y también la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas del Estado de Tocantins, que Recientemente cambió su entendimiento con respecto a la aplicación del instituto a los subsidios de los parlamentarios municipales. Se constató que, desde el punto de vista constitucional, de acuerdo con las sentencias del tribunal de cuentas, los concejales tienen derecho a una revisión general de la retribución del subsidio, como mecanismo para combatir la corrosión natural del valor de la subvención. moneda y su poder adquisitivo.

Palavras claves: *Tolerancia; Revisión general anual; Apreciación; Oficina de auditoría.*

Introdução

Com o advento da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, o regime jurídico nacional referente à Administração Pública em suas três esferas – federal, estadual e municipal – foi sensivelmente alterado. Dentre estas mudanças se destacam as que são objeto do presente estudo, isto é, as que estão previstas no artigo 37, inciso X, e no artigo 39, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a possibilidade de aplicação do instituto da revisão geral anual do subsídio dos agentes políticos, limitando-se a presente pesquisa a sua aplicação aos representantes do Poder Legislativo Municipal, ou seja, aos vereadores.

Assim, consoante as seguintes determinações, ganham número as câmaras de vereadores que objetivam a aplicação do instituto da revisão geral anual, já que a partir de simples análise dos dispositivos supramencionados, resta constituído o direito subjetivo dos servidores públicos e agentes políticos à atualização remuneratória anual.

No entanto, ainda não é unísono o entendimento dos Tribunais de Contas nacionais acerca da legalidade e/ou compatibilidade da aplicação deste instituto aos subsídios dos vereadores, sendo de extrema relevância o esclarecimento quanto aos critérios e elementos a serem observados para a sua aplicação.

Ressalta-se que grande parte dos vereadores são hipossuficientes, especialmente em municípios pequenos, onde a arrecadação municipal é precária por diversos fatores, sejam políticos, econômicos, sociais ou ainda ligados a fatores regionais e territoriais. Logo, a realização de um estudo aprofundado sobre tema é salutar, em virtude da necessidade de compreensão dos direitos constitucionais que lhe são inerentes, como extensão dos direitos daqueles que os parlamentares municipais representam.

Diante disto, a presente pesquisa segue o viés bibliográfico, realizada através da revisão de literatura, com a utilização de livros, artigos, documentos históricos e analisando a legislação constitucional sobre o tema, sendo adotado o método dedutivo, buscando ainda informações históricas do papel das câmaras municipais no cenário político e constitucional brasileiro, complementando-se através da análise da competência dos Tribunais de Contas na apreciação da matéria e deo posicionamento de algumas Cortes de

Contas, que deliberam de forma favorável à conservação do poder aquisitivo do valor nominal da remuneração dos agentes políticos, observando-se ainda a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, que recentemente alterou o seu entendimento a respeito da aplicação aos parlamentares municipais.

Ou seja, procede-se à associação e contraposição dos dispositivos legais, jurisprudenciais e doutrinários a casos práticos, visando à disseminação de informação e contribuição para a pacificação dos novos entendimentos, uma vez que o presente artigo tem por objetivo não só contribuir com o debate acadêmico e jurídico sobre o diferente trato constitucional aplicado aos subsídios dos agentes políticos na esfera municipal, mas, do mesmo modo, pôr em evidência a necessidade de se equilibrar os direitos e garantias àqueles que exercem papel fulcral no âmbito dos municípios brasileiros e auxiliar na resolução de conflitos internos que carecem de apreciação técnica das instituições jurídicas e de controle do estado brasileiro.

1. Autonomia municipal brasileira e o papel das câmaras municipais no tempo

Para compreensão do presente estudo, faz-se necessário destacar alguns acontecimentos históricos marcantes para o surgimento, consolidação e modernização do papel do parlamento municipal e do município como um todo, sendo que a história do poder legislativo municipal brasileiro, está umbilicalmente ligado ao surgimento dos municípios ainda no período colonial, quando o Brasil era apenas um território da coroa portuguesa.

Verifica-se que de acordo com Chacon e Rodarte (2007), a sociedade brasileira começa “de baixo para cima”, ou seja, as ideias iniciais de criação de um estado independente se originaram nas pequenas comunidades que estavam surgindo no período colonial, inexistindo no primeiro momento a concepção de criação de um governo geral e centralizador. Foi a partir da criação de vilas e povoados que surgiram os primeiros ideais nacionalistas.

As incursões dos bandeirantes, sobretudo as que exploraram as regiões distantes do litoral, foram responsáveis pela criação de inúmeras vilas e povoados, que posteriormente passaram a ser denominados municípios. Tais aglomerados eram governados pelas câmaras municipais ou Senado da Câmara, que segundo o Jurista e Historiador Raymundo Faoro (2012), eram constituídas por 2 ou 4 “homens bons”, e não podiam integrar aquele órgão administrativo os judeus, os estrangeiros e os chamados cristãos novos.

Naquela época de acordo com Fabris (2008), em virtude da distância marítima que existia entre a colônia e a sede do Coroa Portuguesa que estava sediada em Lisboa, residiam nos municípios as principais discussões a respeito de problemas políticos e administrativos.

Em sua obra, Fabris (2008) assinala que os municípios foram instalados na colônia a partir do ano de 1532, sob mandamento das Ordenações Manuelinas, que já dispunham sobre o papel dos vereadores dentro do município. Observa-se, no título XLV do Livro I das Ordenações, a existência do instituto da eleição periódica para o exercício da vereança, que tinha atribuições e contornos distintos aos da atualidade:

ANTES que os Officiaes do derradeiro anno da eleição paffada acabem de feruir feus Officios , nas oitauas de Natal do dito anno fejam juntos em Camara com os homens bons , e pouo chamado a Concelho , e o Juiz mais velho requererá a todos os que prefentes forem, que nomeem feis homens pera Enlegedores , os quaes lhe feram nomeados fecretamente nomeando-lhe cada huï feis homens pera ello mais autos , os quaes tornará em efcripto o Eferiuam da Camara, andando por todos com o dito Juiz , fem outrem Ouuir a voz de cada huï fenom os fobreditos ; e tanto que todos forem preguntados e fuas vozes eferiptas por o dito Efcriuam , os Juizes com os Vereadores veram o rol das vozes , e os que mais vozes teuerem efcolheram pera Enlegedores, aos quaes ferá Ioguo dado juramento dos Auangelhos, que bem e verdadeiramente efcolham aquellas peffoas , que pera taees carreguos lhe parecerem mais pertencentes (Ordenações Manuelinas,1512).

Chacon e Rodarte (2007) afirmam que os integrantes das câmaras exerciam poderes executivos, sendo que os vereadores tinham o officio de fiscalização dos outros funcionários da Coroa, fixavam impostos e os recolhiam. Além disso, as reclamações de solicitações eram feitas ao

conselho ultramarino em Lisboa ou de forma direita ao Rei, em virtude da distância da colônia em relação ao grande centro, Lisboa, o que de acordo com os autores era o que diferenciava as câmaras coloniais das que estavam em Portugal.

As Ordenações da época ainda destacavam outras funções que eram desempenhadas pelos vereadores:

Tanto que os Vereadores começarem feruir feus Officios ham de faber , e veer, e requerer todos os bens do concelho, affi propriedades, herdades, cafas, e foros, fe fam aproueitados como deuem, e os que acharem mal aproueitados, faloham apoueitarem, e correger.

Faram meter todas as rendas do Conelho em peguam, e as que viirem que he bem de fe arrematarem, falas-ham arrematar, e faram os contractos com os Rendeiros, e recebram as fianças, e as acharem que nom he prol do Concelho fe arrematarem, manda-as-ham correr, e colher pera Concelho, e poeram em ellas bons Arrecadarores, e Requeredores e falas-ham viir a boa recadaçam (sic) (Ordenações Manuelinas.1512).

Encerrada a primeira fase da história do nascente legislativo municipal no Brasil, Cigolini (2015) dispõe que o Império português, comandando por Dom Pedro I, transformou o município em órgão subordinado das províncias, transferindo parte das atribuições ao governo provincial. O autor destaca que para confirmar a importância do poder local através das Câmaras Municipais, houve reivindicações municipalistas a fim de conferir autonomia política e administrativa.

A Constituição Imperial de 1824, nos seus artigos 167 a 169, asseverava da seguinte maneira a respeito do papel das Câmaras e dos seus representantes:

Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.

Art. 168. As Camaras serão electivas, e compostas do numero de Vereadores, que a Lei designar, e o que obtiver maior numero de votos, será Presidente.

Art. 169. O exercicio de suas funções municipaes, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas

particulares, e uteis atribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar (*sic*) (BRAZIL, 1824).

Posteriormente, a autonomia municipal foi garantida de modo diminuto no art. 68 da Constituição de 1891: “Art 68 - Os Estados organizarem-se de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

Foi dada à Assembleia Legislativa a competência para elaborar a Lei Orgânica dos Municípios, e não aos próprios entes a criação da sua norma diretiva interna. As exceções foram o Rio Grande do Sul e o Estado de Goiás. As Câmaras não tinham autonomia financeira e suas resoluções poderiam ser invalidadas e tornadas sem efeito pela Assembleia Legislativa Provincial.

Ainda de acordo com Moraes e Chaves (2019), o golpe político da década de 1930 resultou na mudança de paradigma a respeito da administração brasileira, uma vez que enfraqueceu o poder dos coronéis e dos governos estaduais sobre os municípios, ficando a cargo do poder central o controle sobre o ente local, uma vez que até mesmo os prefeitos passaram a ser nomeados pelo presidente.

Moraes e Chaves (2019) destacam que a Constituição de 1934 tratou de modo detalhado os aspectos relativos ao papel dos municípios, mas em virtude da inovação normativa que sofre pouco mais de três anos depois, com a edição da Constituição de 1937, o poder local perdeu autonomia, ao ser estabelecido que os representantes do Município seriam nomeados pelo governo estadual.

A Carta Política de 1946 voltou assegurar a autonomia dos municípios pela administração própria, oferecendo a garantia de arrecadar tributos e aplicar de suas rendas no teor do artigo 28 e seguintes da Constituição da época:

Art. 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada:

I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais (BRASIL, 1946)

Com o golpe militar de 1964 que teve como base normativa a edição de atos institucionais, verifica-se que o Ato Institucional nº. 02, de 27 de outubro de 1965, cassou o direito à remuneração dos vereadores, conforme evidencia o artigo 10: “Os Vereadores não perceberão remuneração, seja a que título for”.

A Emenda Constitucional nº. 01 de 1969, que alterou o texto da Constituição de 1967, manteve a autonomia municipal e dispôs sobre as eleições para os cargos de prefeito, vice-prefeito e vereadores, contudo, a remuneração dos vereadores estava limitada aos parlamentares das capitais e dos municípios cuja população seja superior a duzentos mil habitantes:

Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e vereadores realizada simultaneamente em todo o País, em data diferente das eleições gerais para senadores, deputados federais e deputados estaduais;

II - pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

[...] § 2º Somente farão jus a remuneração os vereadores das capitais e dos municípios de população superior a duzentos mil habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar (BRASIL, 1967).

Já a Emenda Constitucional de número 4, de 1975, alterou o texto da Constituição para estabelecer que a própria câmara municipal fixasse o valor da remuneração dos vereadores, impedindo que os parlamentares legissem em causa própria dentro do próprio mandato, atendendo aos princípios da impessoalidade e moralidade, que são consagrados pela administração pública atualmente. Vejamos:

Art. 1º O § 2º do art. 15 da Constituição passa a ter a seguinte redação:

“§ 2º. A remuneração dos vereadores será fixada pelas respectivas Câmaras Municipais para a legislatura seguinte nos limites e segundo critérios estabelecidos em lei complementar.”

Art. 2º A lei complementar referida no § 2º do art. 15 da Constituição estabelecerá a forma de remuneração dos vereadores atualmente detentores de mandato (BRASIL, 1975).

Para Meirelles (2008) o papel do município, dentro do contexto político e administrativo nacional sempre foi relevante, e por esse motivo deveria integrar o estado como ente federativo, dotado de prerrogativas e competências próprias, status que foi alcançado com a Constituição Cidadã de 1988. A atual Carta Política fortaleceu a autonomia municipal, ao passo de posicioná-los como entes da Federação brasileira, conforme fundamentado no texto do art. 1º e art. 18 da Carta.

Santin e Flores (2006) destacam que a autonomia municipal abrange as áreas financeira, fiscal, normativa com a edição de leis locais, autonomia política através das eleições dos representantes do Poder Executivo e Legislativo e ainda autonomia administrativa para a execução e prestação de serviços sem a interferência direta dos demais entes federados. Neste cenário, a Constituição Federal, em seu texto original promulgado em 05 de outubro de 1988, também garantiu remuneração aos vereadores, conforme art. 29, inciso V, o qual foi posteriormente alterado pela reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº. 19/98.

2. O subsídio e a revisão geral anual

Antes de adentrarmos na discussão a respeito da possibilidade de se proceder à revisão geral do subsídio dos vereadores, faz-se oportuno discutir sobre alguns institutos em exame. Dentre estes o do próprio subsídio, introduzido pela reforma administrativa da Emenda Constitucional nº. 19 de 1998, que promoveu a alteração do vocábulo “remuneração” para “subsídio”, ao se referir ao valor mensal repassado para determinados agentes públicos.

José Afonso da Silva (2004) tece importantes comentários sobre a natureza a finalidade do subsídio:

Subsídio. Termo que, tradicionalmente, designava a retribuição outorgada a pessoa investida em cargo eletivo. Chamava-se, assim, porque, originariamente, constituía simples auxílio, sem caráter remuneratório, pelos serviços prestados no exercício do mandato. Era mero achego, com o fim e a natureza de adjutório, de subvenção, pelo exercício da função pública relevante. Não tinha nem o sentido de remuneração nem de vencimento. Hodiernamente, contudo, já havia assumido caráter remuneratório, dado que o eleito deveria manter-se, a si e a sua família, com a quantia que se lhe pagava a

título de subsídio, enquanto no exercício do mandato. Justificava-se a transformação de sua natureza, porquanto os eleitos não que dedicarse quase exclusivamente às suas atribuições. O subsídio parlamentar, então, se dividia em duas partes: uma fixa e outra variável. Aquela era recebida mensalmente sem consideração ao comparecimento do parlamentar aos trabalhos legislativos, enquanto a parte variável correspondia ao comparecimento efetivo e participação nas votações (SILVA, 2004).

Tem-se, portanto, que o subsídio atualmente ganha contornos retributivos e alimentares, concedido a determinado indivíduo, que no exercício de uma função pública, necessita de auxílio (subsídio) financeiro para a manutenção própria e da sua família.

Silva (1999) assevera que o terno subsídio retornou para o texto constitucional com o objetivo de corrigir as imprecisões conceituais dos termos “vencimento” e “remuneração”, e para evitar divergências e discussões que levassem à seara da interpretação judicial equivocada atinente aos salários recebidos pelos agentes públicos.

Vale destacar as considerações de José dos Santos Carvalho Filho (2015) sobre o tema:

De acordo com o referido mandamento, duas são as características do subsídio: em primeiro lugar, deve observar o teto remuneratório fixado no art. 37, XI; além disso, deve ser estabelecido em parcela única, sendo, portanto, vedado o acréscimo de algumas vantagens pecuniárias, como gratificações, adicionais, abonos, prêmios, verbas de representação e outras de caráter remuneratório. A norma, entretanto, tem sido interpretada com temperamentos, ocasionando algumas dúvidas quanto à sua legitimidade (FILHO, 2015).

Portanto, verifica-se que o regime do subsídio está caracterizado principalmente pela observância dos limites dispostos no art. 37, inciso XI da Constituição e pela obrigatoriedade de ser pago em parcela única. Entretanto, de acordo com Di Pietro (2019), “a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda”.

Apesar da imperatividade normativa da Constituição a respeito do pagamento em parcela única aos agentes que recebem sob o regime de subsídio, tem-se a existência de outras parcelas que não possuem natureza

remuneratória, mas que são devidas por força do próprio texto constitucional. Neste ponto, Odete Medauar (2018) destaca que a parcela única é atenuada pelo próprio texto constitucional, que assegura vários direitos aos agentes públicos, sendo devido inclusive o ressarcimento das despesas decorrentes do exercício do cargo, como é o caso das ajudas de custo e das diárias.

Nesse sentido, partindo da premissa de que a cada direito corresponde um dever, da garantia constitucional estabelecida no inciso X do art. 37 da CF/88 emerge para o Estado a obrigação de rever, anualmente, a remuneração dos agentes públicos. Para Alexandre de Moraes (2006) a Emenda Constitucional n. 19/98 reforçou a noção de periodicidade da revisão geral, mostrando-se condizente com o objetivo do instituto de combater, de modo permanente, os efeitos degradantes da inflação.

A respeito da revisão geral anual, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008), assinala que o seu objetivo é a atualização da remuneração, preservando assim o poder aquisitivo da moeda, do contrário inexistiria razão para tornar obrigatória a sua concessão anual, no mesmo índice e na mesma data.

Para o Conselheiro do Tribunal de Contas de Minas Gerais, Eduardo Carone Costa (2007), a revisão significa a recomposição de perdas de vencimentos num determinado período, não podendo assim ser confundida com aumento real. O único escopo da revisão é a atualização do poder aquisitivo da moeda. Tanto é, que a revisão possui natureza obrigatória, decorrendo de preceito constitucional, já o reajuste, de natureza eventual, pretende corrigir situações de injustiças, como valorização profissional e etc., sujeitando-se à conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Em mesmo sentido Hely Lopes Meirelles (2006) dispõe que a revisão geral anual assegura a irredutibilidade real dos subsídios e dos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos.

Logo, percebe-se que a revisão geral anual das remunerações tem por objetivo a preservação do poderio econômico do subsídio auferido pelo servidor e/ou agente público frente ao desgaste natural da moeda. É como se garantisse a proporcionalidade do poder de compra imbuído originalmente em uma circunstância de tempo e espaço a eventos futuros que podem afetá-lo diretamente, sendo o contrário completamente desproporcional

aos princípios e garantias constitucionais de igualdade quando comparado o servidor ao agente público.

Portanto, é possível determinar a partir do exposto, que a finalidade primeira da revisão geral anual é recompor o valor da remuneração dos agentes públicos em face da perda do poder aquisitivo da moeda, garantindo-se, dessa forma, a irredutibilidade real dos vencimentos e subsídios.

Ressalta-se que consiste em direito subjetivo dos servidores públicos e agentes políticos, restando ao Poder Público a obrigação de concedê-la anualmente, de forma geral, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Vejamos, *ipsis litteris*, a topografia constitucional relativa ao instituto em exame:

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:

[...]

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (BRASIL, 1998).

O art. 39, §4º, da Carta Republicana dispõe:

Art. 39

[...]

§4º. O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente para o subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI (Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Os vereadores, nos limites determinados pelos arts. 29 e 29-A da Constituição Federal, são remunerados por subsídio, ressalvadas suas

vedações, devendo para tanto observar o disposto no art. 37, incisos X e XI, do mesmo diploma legal.

Sob essa perspectiva, a revisão geral anual é um direito constitucionalmente estabelecido aos agentes públicos lato sensu para garantir que sua remuneração ou subsídio possa resistir às perdas inflacionárias existentes ao longo dos anos. Assim, não se trata de nenhuma das hipóteses de vedações determinadas de forma taxativa nos art. 29 e 29-A da CF/88.

Em síntese, a Constituição da República prevê a possibilidade de aplicação da revisão anual aos vereadores, no entanto, esta é limitada à correção das perdas inflacionárias, vinculada a apuração de índice oficial que preveja a correção, competindo a mesa diretora a iniciativa legislativa para sua aplicação, não sendo esta matéria delegável.

Desse modo, o ato que fixa o subsídio dos vereadores deverá prever o critério para o seu reajuste. É o que ensina o doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000): *“Nada obsta, porém, que essa remuneração seja reajustável periodicamente segundo critérios prefixados, que levem em conta particularmente a depreciação monetária”*.

Nesse contexto, é necessário que se estabeleça a periodicidade da revisão. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999):

A norma modificada e inserida no art. 37, X, in fine, fortaleceu-se com a Emenda Constitucional n. 19/98, porque se estabeleceu, ao lado do dever estatal de processar a revisão de determinada forma (genericamente, na mesma data e com idêntico índice), o direito funcional de ter aquela revisão anualmente. O direito à anualidade da revisão é posto constitucionalmente com a Emenda suprarreferida (ROCHA, 1999).

Logo, a partir do pensamento da jurista, depreende-se o dever do Estado de conceder a revisão pelo menos uma vez por ano, sendo o marco temporal determinador da mora estatal o transcurso do prazo de 12 (doze) meses a partir da última recomposição remuneratória.

Nesse sentido, há precedente do STF que, ao apreciar a ADI n. 2.061/DF, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, reconheceu a mora legislativa do Presidente da República por não encaminhar projeto de lei para a revisão geral da remuneração dos servidores da União.

A Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Consulta n. 747.843) esclarece ainda que, nesse contexto, o percentual de correção deve abarcar todo o período inflacionário em que não se promoveu a atualização monetária. Percebe-se, assim, a possibilidade de retroatividade da recomposição.

Outro ponto de especial atenção é a inconstitucionalidade da vinculação entre os subsídios dos vereadores e os vencimentos dos servidores públicos para fins de revisão geral anual.

Feitas estas considerações, cumpre demonstrar a competência para a iniciativa da propositura e que ato normativo deve ser editado com o fim de permitir a aplicação da revisão geral anual dos vereadores, especialmente quando se discute a viabilidade desta a partir de permissivo do Tribunal de Contas Estadual.

Desse modo, é fundamental a disciplina e observância dos pressupostos legais que coordenam inclusive a atividade legislativa e da qual depende sua validade. Na lição de José Afonso da Silva (1998, p.81), “*todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição*”.

Já Machado Pauperio (1986) ensina que:

A lei traduz a existência do direito vigente, do chamado direito positivo, sendo mesmo a lei a fonte por excelência deste. Sob o ponto de vista jurídico, a lei é ato do Estado, emanado de um de seus poderes, o legislativo, e segundo a forma prescrita na Constituição do país (PAUPERIO, 1986).

Sendo assim, é clarividente a necessidade de observância dos critérios processuais estabelecidos no caso em exame pela própria constituição e que vinculam diretamente a validade do dispositivo legal que versa sobre a data base dos vereadores.

O art. 29, inciso VI, da CF/88 é claro ao assentar que o “o subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais [...]” têm-se, portanto, que a instituição competente para deflagrar o processo legislativo é a Câmara Municipal, sendo esta competência indelegável, exclusiva, entendimento sedimentado na jurisprudência do STF, a exemplo do determinado no RE 494.253-AgR.

Logo se verifica que a revisão geral anual compete também ao Poder Legislativo Municipal, como meio de combater a corrosão natural do valor da moeda e do seu poder de compra, nos termos do art. 37, inciso X, e art. 39, §4º, a qual será realizada através da Mesa Diretora, que editará lei específica para esse fim.

Entretanto, em virtude da dissonância encontrada entre alguns Tribunais de Contas, observa-se que o tema ainda é controverso e carente de contornos jurisprudenciais claros, sendo relevante, portanto, trazer à baila as discussões existentes dentro dos Tribunais de Contas, como órgão de controle externo competente para apreciação da presente matéria.

3. A revisão geral anual dos vereadores na apreciação dos tribunais de contas

Os Tribunais de Contas, em conjunto com o Legislativo, exercem o controle externo sobre a administração pública. Rodrigues e Alcântara (2013) asseveram que os tribunais de contas não são nem um Poder, por não estarem incluídos no art. 2º da Constituição, e nem função, ao tempo que também não estão inseridos nas estruturas internas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A Constituição Federal menciona no art. 71 que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e o art. 75 da Carta dispõe que se aplicam, no que couber, as disposições da seção aos Tribunais de Contas Estaduais:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e conselhos de Contas dos Municípios (BRASIL, 1988).

Portanto, verifica-se que o controle externo de todos os Poderes será feito pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas.

Faz-se imprescindível destacar que de acordo com Rodrigues e Alcântara (2013), não se pode inferiorizar o papel do tribunal de contas, pelo termo empregado na Constituição, “auxiliado pelo Tribunal de Contas”, uma vez que suas atribuições são indispensáveis para o controle das contas públicas, inexistindo qualquer escalada hierárquica entre estes e os demais Poderes, ante

a sua autonomia administrativa e financeira que emana da própria Constituição Federal.

Dentre as inúmeras competências atribuídas legalmente aos tribunais de contas, ganha destaque a sua função consultiva, pelo seu caráter orientador, prejulgando somente em tese as matérias que são objeto de sua apreciação no âmbito do controle externo.

A priori, verifica-se que a função consultiva não está expressamente prevista no texto da Constituição Federal de 1988. Contudo, tem-se que o Tribunal de Contas da União possui essa função prevista na Lei Federal nº 8.443/92, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, e que foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.691-DF), que resultou no entendimento de que as decisões do Tribunal de Contas proferidas em sede de consultas têm caráter normativo e constituem prejulgamento de tese, nos termos do § 2º do artigo 1º da Lei nº. 8.112/90, sendo, portanto, atos normativos.

Trindade (2016) destaca que a função consultiva dos Tribunais de Contas está inserida no sistema de controle externo e supre as carências técnicas dos profissionais da administração pública, disponibilizando esclarecimentos e evitando a concretização de vícios que poderiam ocasionar danos ao erário.

Nisso, os demais Tribunais de Contas reproduziram ou mantiveram em suas leis orgânicas e regimentos internos a possibilidade dos administradores públicos realizarem consultas sobre matérias que serão objeto apreciação pela própria Corte de Contas, na sua função fulcral de fiscalização das contas públicas.

No tocante à revisão geral anual do subsídio dos agentes políticos, observa-se que os Tribunais de Contas estão sendo provocados a se manifestarem a respeito da aplicação deste direito aos parlamentares municipais, como é o caso do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta nº. 772.606 de relatoria do Conselheiro em exercício Licurgo Mourão, que na oportunidade manifestou entendimento de não existir nenhum óbice quanto à aplicabilidade da revisão geral dos subsídios dos vereadores:

EMENTA: CONSULTA – CÂMARA MUNICIPAL –
1) PERCEPÇÃO DE 13º SALÁRIO – AGENTE POLÍTICO
MUNICIPAL – POSSIBILIDADE – AUTORIZAÇÃO NORMATIVA
– DESNECESSIDADE – DIREITO SOCIAL CONSTITUCIONAL

AUTOAPLICÁVEL – OBSERVÂNCIA DOS LIMITES LEGAIS DE DESPESA COM PESSOAL – EDIÇÃO DE NORMA REGULADORA DA FORMA DE FRUIÇÃO DO DIREITO – FACULDADE – REGULAMENTAÇÃO POR LEI, EM CASO DE AGENTES POLÍTICOS DO PODER EXECUTIVO E POR RESOLUÇÃO, NO CASO DE VEREADORES, SENDO ADMITIDA LEI, EM SENTIDO FORMAL, SE A LEI ORGÂNICA ASSIM DISPUSER – INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. 2) VEREADORES – PARTICIPAÇÃO EM REUNIÕES EXTRAORDINÁRIAS OCORRIDAS NO PERÍODO LEGISLATIVO ORDINÁRIO OU NO RECESSO PARLAMENTAR – PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO EM RAZÃO DA CONVOCAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE (§ 7º DO ART. 57 DA CR/88, ALTERADO PELA EC Nº 50/2006). 3) LICITAÇÃO – OBRAS E SERVIÇOS – PROJETO

BÁSICO E EXECUTIVO – OBRIGATORIEDADE – OBJETO DIVERSO DE OBRA E SERVIÇO DE ENGENHARIA – POSSIBILIDADE DE DISPENSA DOS PROJETOS, DESDE QUE O OBJETO ESTEJA ADEQUADAMENTE CARACTERIZADO NO EDITAL. 4) VEREADORES – SEGURADOS OBRIGATÓRIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO – OBRIGATORIEDADE DA CÂMARA MUNICIPAL – CONSEQUÊNCIAS DO NÃO RECOLHIMENTO: SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.212/91 E OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR. 5) AGENTES PÚBLICOS – CÂMARA MUNICIPAL – REMUNERAÇÃO E SUBSÍDIO – REVISÃO GERAL ANUAL (ART. 37, INCISO X, DA CR/88) – POSSIBILIDADE – RECOMPOSIÇÃO DO PODER DE COMPRA DOS AGENTES EM RAZÃO DA INFLAÇÃO APURADA NO PERÍODO MÍNIMO DE UM ANO – OBSERVÂNCIA DO ART. 29, VI E VII, DO ART. 29-A, CAPUT E § 1º, AMBOS DA CR/88 E DO ART. 19, III, DO ART. 20, III, DOS ARTS. 70 E 71 DA LEI COMPLEMENTAR 101/2000 – OBSERVÂNCIA DE MESMA DATA E ÍNDICE PARA SERVIDORES E AGENTES POLÍTICOS DO MESMO ENTE

[...]

A anualidade da revisão prevista no art. 37, X, da CR/88 traduz a possibilidade de recomposição do poder de compra do subsídio dos agentes políticos em razão da inflação apurada no período mínimo de um ano, desde que observado o disposto no art. 29, incisos VI e VII, no art. 29-A, caput e § 1º, ambos da CR/88, no art. 19, inciso III, no art. 20,

inciso III, e nos arts. 70 e 71 da Lei Complementar 101/2000. Ademais, a revisão deve alcançar a remuneração de todas as categorias inseridas na mesma estrutura orgânica (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas) do mesmo ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), observada a iniciativa privativa em cada caso, sendo realizada na mesma data e segundo o mesmo índice (MINAS GERAIS, 2012).

A Súmula nº. 73 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais também dispõe que:

No curso da legislatura, não está vedada a recomposição dos ganhos, em espécie, devida aos agentes políticos, tendo em vista a perda do valor aquisitivo da moeda, devendo ser observados na fixação do subsídio, a incidência de índice oficial de recomposição do valor da moeda, o período mínimo de um ano para revisão e os critérios e limites impostos na Constituição Federal e legislação infraconstitucional (MINAS GERAIS, 2014).

No Processo nº. 3399/026/07 da Câmara Municipal de Pacaembu/SP, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo exarou a seguinte decisão:

[...]

e) Subsídios dos Agentes Políticos e Remuneração dos Servidores da Câmara – Não há dúvida de que a Resolução é o instrumento legislativo adequado para conceder a revisão geral anual dos subsídios. O Manual desta Corte declara essa adequação. Portanto, a Câmara cumpriu o artigo 37, XI, da Carta Magna, quando concedeu a revisão através de Resolução (SÃO PAULO, 2007).

O prejulgado de nº. 1686, que é referente à consulta nº. 006739/94 do Tribunal de Contas de Santa Catarina, também dispõe sobre a possibilidade de se realizar a revisão geral anual do subsídio dos vereadores:

1. A revisão geral anual é a recomposição da perda de poder aquisitivo ocorrida dentro de um período de 12 (doze) meses com a aplicação do mesmo índice a todos os que recebem remuneração ou subsídio, implementada sempre no mesmo mês, conforme as seguintes características.

a) A revisão corresponde à recuperação das perdas inflacionárias a que estão sujeitos os valores, em decorrência da diminuição, verificada em determinado período, do poder aquisitivo da moeda, incidente sobre determinada economia;

- b) O caráter geral da revisão determina a sua concessão a todos os servidores e agentes políticos de cada ente estatal, abrangendo todos os Poderes, órgãos e instituições públicas;
- c) O caráter anual da revisão delimita um período mínimo de concessão, que é de 12 (doze) meses, podendo, em caso de tardamento, ser superior a este para incidir sobre o período aquisitivo;
- d) O índice a ser aplicado à revisão geral anual deve ser único para todos os beneficiários, podendo a porcentagem ser diferente, de acordo com o período de abrangência de cada caso;
- e) A revisão geral anual sempre na mesma data é imposição dirigida à Administração Pública, a fim de assegurar a sua concessão em período não superior a um ano, salvo disposição constitucional adversa.
- f) Existindo plano de cargos e salários, vinculando o vencimento do respectivo cargo ao piso salarial do ente, tanto a revisão geral anual, como o reajuste, incidirão sobre o piso.

2. A única forma autorizada pelo ordenamento jurídico para se promover a majoração do subsídio dos Vereadores durante a legislatura é a revisão geral prevista na parte final do inciso X do art. 37 da Constituição Federal, que deve ocorrer sempre na mesma data da revisão anual da remuneração dos servidores públicos municipais, e sem distinção de índices, desde que a lei específica que instituir a revisão geral anual também contenha previsão de extensão aos agentes políticos.

5. A Súmula Vinculante nº 42 engloba a hipótese de revisão geral anual de que trata o art. 37, inc. X, da Constituição, devendo a eleição do índice ser estabelecida por lei específica para cada período aquisitivo, facultada a escolha de índice de correção monetária federal, desde que não se estabeleça sua aplicação automática para períodos futuros. (SANTA CATARINA, 2005).

O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso também se manifesta pela aplicação do instituto da revisão geral anual ao subsídio dos vereadores:

Acórdãos nº 25/2005 (DOE 24/02/2005), 558/2004 (DOE 22/07/2004), 680/2003 (DOE 15/05/2003), 582/2003 (DOE 30/04/2003), 2.380/2002 (DOE 09/12/2002) e 1.081/2002 (DOE 07/06/2002). Agente político. Subsídio. Vereador. Reajustamento. Possibilidade exclusiva mediante a revisão geral anual. Vedação à concessão de aumentos que não representem atualização da moeda. É assegurada aos vereadores a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices, nos exatos termos do inciso X do artigo 37 da Constituição Federal. Os

aumentos reais ou adequação de valores percebidos por determinada categoria de servidores, ou ainda, as majorações verificadas em razão da reestruturação de Plano de Cargos e Carreiras e as realizadas em razão de mandamento constitucional, não devem ser repassados ou estendidos aos vereadores em razão do princípio da irreversibilidade. (MATO GROSSO, 2008)

Depreende-se, dos julgados acima, que os Tribunais de Contas entendem que é possível aplicação da revisão geral anual do subsídio dos vereadores, por se tratar de direito social inerente a todos os trabalhadores da administração pública *lato sensu*. Sendo que em algumas cortes de contas ficaram delineados os requisitos a serem observados na instituição de tal garantia.

Outro Tribunal que recentemente inovou o seu entendimento no tocante à aplicação deste instituto ao subsídio dos vereadores foi o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, na apreciação da consulta realizada pela Câmara Municipal de Axixá do Tocantins – TO, no processo nº. 4286 /2019, que foi apreciado em 13/08/2019 e que merece atenção pormenorizada em virtude da inovação do entendimento e em razão dos detalhes trazidos na consulta a respeito da aplicação; fixação; instrumento normativo adequado; competência da propositura do projeto normativo; prazo de aplicação do instituto em ano eleitoral e os limites a serem observados.

Apesar do tema já ter sido apreciado outras vezes pelo TCE/TO, percebe-se que o julgado anterior ao de 2019 entendia pela impossibilidade da aplicação da “data-base” ao subsídio dos vereadores (Resolução nº. 286/2017).

Contudo, antes de 2017 a Corte de Contas tocantinense entendia pelo cabimento da revisão, conforme se percebe no processo de Consulta nº. 488/2012, Resolução nº. 188/2012, da Câmara Municipal de Brejinho de Nazaré - TO:

Ementa: Consulta. Possibilidade de revisão anual do subsídio dos Vereadores no mesmo percentual concedido pelo Poder Executivo aos servidores públicos municipal, vez que não houve fixação de subsídios dos vereadores nesta legislatura. Não conhecimento. Falta de legitimidade do consulente para efetivar consulta pretendida. Remessa das Resoluções Plenárias nºs 562/2011 986/2011. Publicação (TOCANTINS, 2012).

O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins voltou a discutir a matéria no ano de 2019, quando novamente alterou o seu entendimento para definir que os vereadores têm direito à revisão geral anual dos seus subsídios.

Naquela ocasião, o relator da consulta, Conselheiro André Luiz de Matos Gonçalves, destacou em seu voto o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de recebimento do décimo terceiro e férias pelos agentes políticos, no Recurso Extraordinário (RE) 650898. O Conselheiro ensinou que o reconhecimento, pelo STF, da aplicabilidade do décimo terceiro e férias aos agentes políticos consiste em direito de maior envergadura constitucional do que o direito à simples atualização monetária do subsídio, por isso, concluiu que excluir dos vereadores a revisão geral anual, seria caminhar na contramão do entendimento firmado na Suprema Corte.

Na Resolução nº. 429/2019 do processo nº. 4286/2019 do Tribunal de Contas do Tocantins ficou pacificado o seguinte entendimento:

EMENTA: CONSULTA. CÂMARA DE AXIXÁ DO TOCANTINS. CONHECIMENTO DA CONSULTA. MÉRITO. RESPOSTA A CONSULTA. PREJULGAMENTO DE TESE. EFEITO VINCULANTE E OBRIGATÓRIO.

I – Os vereadores possuem direito à revisão geral anual, prevista no art. 37, X, CF/88, em virtude da perda do valor aquisitivo da moeda, de acordo com o critério da generalidade, ou seja, deverá ser concedida tanto para os vereadores (agentes políticos), quanto para os demais servidores da casa de leis, sempre na mesma data e sem distinção de índices, pois sua aplicação setorizada – apenas para os parlamentares desnatura o instituto.

II – A Constituição Federal de 1988 prevê que o subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais, sendo, portanto, adequada a utilização da Resolução para concessão da revisão geral anual, porquanto quem pode o mais, fixar, pode o menos, revisar, sem prejuízo, no entanto, do implemento mediante lei em sentido formal.

III – Sem embargo da constitucional autonomia do Poder Legislativo, estabelecida no art. 2º, e no art. 29, caput, da Constituição Federal, em consonância com a Constituição do Estado do Tocantins e com o Regimento Interno da Assembleia Legislativa, compete à Mesa Diretora dar início ao processo legal legislativo relativo à lei/resolução concessiva de revisão geral anual.

IV – A fixação de recomposição, decorrente da revisão geral anual, dos vencimentos dos servidores públicos e agentes políticos no ano da eleição, deve respeito ao prazo estabelecido no art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, não se admite revisão geral anual nos últimos 180 (cento e oitenta) dias do mandato.

V – É permitido aos municípios, no exercício da autonomia constitucional, decidir acerca do cumprimento (ou não) da regra da anterioridade da legislatura para os agentes políticos do Poder Executivo – Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários municipais.

VI – É obrigatório o cumprimento da anterioridade quanto à fixação dos subsídios dos vereadores, pois possuem regramento constitucional que veda expressamente qualquer forma de alteração em seus subsídios durante a legislatura, à exceção da recomposição por perdas inflacionárias, por não se tratar de aumento, mas de simples atualização.

VII – O prazo para fixar os subsídios dos agentes políticos, Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e Vereadores, de um mandato para o outro, quando houver aumento de despesa, deve respeitar o limite fixado no art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (TOCANTINS, 2012).

Portanto, da análise dos julgamentos dos Tribunais de Contas sobre aplicação da revisão geral anual aos subsídios dos agentes políticos municipais, verifica-se que atualmente a interpretação das Cortes de Contas tende a confirmar a aplicação deste instituto ao subsídio dos vereadores, como forma de minimizar os efeitos inflacionários da perda do valor da moeda e do poder de compra.

Por fim, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, na Resolução nº. 429/2019, dispôs que a revisão geral anual deverá ser fixada por meio de resolução de iniciativa da Mesa Diretora, considerado o período mínimo de um ano, e, no ano das eleições, ser proposta com antecedência mínima de 180 dias do término mandato, observando-se os limites da Constituição Federal, da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Legislação Eleitoral e das demais normas quando proceder à fixação da revisão geral anual.

Considerações finais

O Município, dentro do contexto histórico nacional, passou por inúmeros desafios até a sua consolidação no sistema normativo constitucional de 1988,

que o coloca na posição de ente federativo, dotado de autonomia, competências e obrigações inerentes à sua área de atuação local, na prestação de serviços públicos aos munícipes e na promoção da organização da cidade por meio dos Poderes Executivo e Legislativo.

Nesta celeuma, a Emenda Constitucional nº. 19, de 1998, alterou sensivelmente o regime jurídico referente à administração pública em todas as suas esferas. Dentre as inovações trazidas pela Emenda 19/98, destaca-se a possibilidade de aplicação do instituto da revisão geral anual do subsídio dos agentes políticos, sendo incluídos neste caso os vereadores, por força do artigo 37, inciso X, e do artigo 39, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, os Tribunais de Contas, quando instados a se manifestar sobre o tema, têm decidido positivamente a respeito da aplicação do instituto da revisão remuneratória anual dos vereadores, norteando os agentes políticos a respeito dos critérios que devem ser observados para a fixação da revisão geral anual.

Portanto, verifica-se que a revisão geral anual tem o escopo de mitigar a perda do valor real da moeda em virtude da diminuição inflacionária do poder de compra, e está diretamente ligada ao primeiro direito, ou seja, o de receber subsídio em caráter alimentar. A revisão geral anual do subsídio dos vereadores é condição inerente ao exercício do seu múnus público, como extensão do direito de representação que lhe é conferido e sem o qual pode comprometer o fiel desempenho de suas atividades.

Referências

BRASIL. **Ato Institucional nº 02**, de 27 de outubro de 1965. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. BRASÍLIA, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 4**, de 23 de abril de 1975. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc04-75.htm>. Acesso em 12 mai. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19**, de 04 de junho de 1998. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. n. 2.061-7, Distrito Federal, Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento em: 25/04/2001, DJ de 29/06/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. n. ADI 1.691 Distrito Federal, Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento em: 25/04/2001, DJ de 29/06/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** nº 1.691-7/DF (Medida Liminar). Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília: 30 out. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347214>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 494.253 AgR. Relator: Ministra Ellen Graice. Brasília: 15 mar. 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur189252/false>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº650.898. Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília: 24 ago. 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371895/false>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CHACON Vamireh. RODARTE Claus. **História do Legislativo Brasileiro: Câmaras Municipais**. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria Especial Interlegis. 2007.

CIGOLINI, Adilar Antônio. Ocupação do território e a criação de municípios no período imperial brasileiro. Mercator. Revista da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v. 14, n. 1, p.7-19, jan./abr. 2015.

COELHO, Hamilton. Recomposição das Perdas Inflacionárias da Remuneração dos Servidores Públicos. Consulta n. 747.843. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: < <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1747.pdf>>. Acesso em: 08 abri. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

FABRIS, Paulo Roberto. **Um Debate Acerca da História do Município no Brasil**. Dissertação (Mestrado em História Social) Ciências Sociais UFES, Vitória. Edição n.03, v.1, Junho. 2008. pp.71-95.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Editora Globo, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas. 2015.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado. **Consolidação de entendimentos técnicos: decisões em consultas**. 2. ed. Cuiabá: TCE, 2008. Disponível em: http://www.cuiaba.mt.gov.br/upload/arquivo/TCENT_Consolidacao.pdf. Acesso em: 27 dez. 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito municipal brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Plenário. **Consulta nº 772.606**. Conselheiro Relator: Licurgo Mourão. AC. 22/11/2012. Disponível em: < https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Plenário. **Súmula 73**. 07/04/14. Disponível em:< <https://www.tce.mg.gov.br/Noticia/Detalhe/67>>. Acesso em 09 ago. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Wesley Samuell Rodrigues; CHAVES, Fábio Barbosa. **O Município brasileiro e os consórcios públicos intermunicipais**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 31, nº 1619. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/4441/o-municipio-brasileiro-os-consorcios-publicos-intermunicipais>. Acesso em 23 mai. 2020.

ORDENAÇÕES MANUELINAS, Lisboa. Edição de Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PAUPERIO, Machado A. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

RODRIGUES, Juliana Silva. ALCÂNTARA, Julianna Vasconcelos de. Competência dos Tribunais de Contas estaduais acerca do julgamento das contas dos prefeitos que exercem a função de ordenadores de despesa. **Revista Controle**. Volume XI. Edição nº 1, Jan/Jun, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Plenário. **Prejulgado nº 1686**, ref. CON-AM0006739/94. 2005. Disponível em: https://consulta.tce.sc.gov.br/cogNovo/asp/prejulgado.asp?nu_prejulgado=1686>. Acesso em: 25 jul. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo. FLORES, Deborah Hartmann. A evolução histórica do município no federalismo brasileiro, o poder local e o estatuto da cidade. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo. v. 20 n. 1 p. 56-69 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Plenário. **Processo nº 3399/026/07**. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/processos>. Acesso em: 13 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

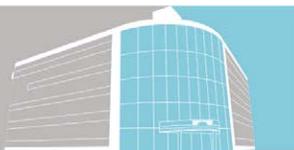
SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Plenário. **Processo nº 4286/2019**. Disponível em: <<https://www.tce.to.gov.br/e-contas/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Plenário. **Resolução nº 286/2017**, ref. Processo nº 904/2017. Disponível em: <<https://www.tce.to.gov.br/e-contas/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Plenário. **Resolução nº 188/2012**, ref. Consulta nº 488/2012. Disponível em: <<https://www.tce.to.gov.br/e-contas/>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

TRINDADE, Jonas Faviero. **A Função Consultiva dos Tribunais de Contas, na Apreciação em Tese da Constitucionalidade de Leis e Atos do Poder Público. Contributos da Teoria da Ação Comunicativa Habermasiana**. In: XIII Seminário Internacional, Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/issue/view/77>. Acesso em: 14 jul. 2020.



Atuação do Ministério Público na defesa da saúde durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19)

Public Prosecutor's Office Performance
in Health Defense during The New
Coronavirus Pandemic (Covid-19)

El Papel del Ministerio Público en la
Defensa de la Salud durante la Pandemia
del Nuevo Coronavirus (Covid-19)

Karen Cristina Silva dos Santos¹

Christiane de Holanda Camilo²

1 Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Bacharel em Direito pela Universidade do Sul do Maranhão – UNISULMA. Auxiliar Técnica do Ministério Público do Estado do Tocantins. E-mail: karencristinasilva.17@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-4047-123X>

2 Doutora em Sociologia (UFG), Mestre em Direitos Humanos (UFG), Especialista em Direito Público, Professora de Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos na Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Pesquisa e atua em Compliance, Governança, Direito Sistêmico, Justiça Restaurativa e Educação em Direitos Humanos. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Violência Estado e Sociedade - DIHVES / UNITINS. Pesquisadora do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos (NDH / UFG), Linha de pesquisa: Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Justiça Ambiental (CAPES/CNPq), do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (NECRIVI) da UFG. E-mail: christianedeholanda@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-8588-1286>

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a importância da atuação do Ministério Público na defesa da saúde durante a pandemia do novo coronavírus. Considerando que o Ministério Público é a instituição constitucionalmente designada para velar pelos direitos e interesses metaindividuais da sociedade, especialmente, o direito à vida e à saúde é de relevância jurídica e social analisar a sua atuação durante este momento *tão sui generis* da história mundial. Para se realizar esse artigo, utilizou-se como metodologia a pesquisa básica, com aplicação do método qualitativo para análise, realizando-se levantamentos bibliográficos e documentais na literatura existente sobre o assunto e dados retirados do próprio portal virtual do Ministério Público do Estado do Tocantins (MPTO). Pode-se observar que a atuação do MPTO nesse momento de pandemia da Covid-19, em sua maioria, tem se orientado por medidas alternativas ao processo judicial para resolução de controvérsias, visto que demonstraram ser meios mais céleres, informais e implementáveis ao tempo necessário.

Palavras-chave: *Ministério Público; Pandemia do Covid-19; Direito à Saúde.*

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the importance of the work of the Public Prosecutor's Office in the defense of health during the pandemic of the New Coronavirus. Considering that the Public Prosecutor's Office is the institution constitutionally designated to watch over society's metaindividual rights and interests, especially the right to life and health, it is of legal. To carry out this article, basic research was used as a methodology, with application of the qualitative method for analysis, conducting bibliographic and documental surveys in the existing literature on the subject and data taken from the portal itself virtual office of the Public Prosecutor's Office of the State of Tocantins and social relevance to analyze its performance during this *tão sui generis* moment in world history. It can be observed that the work of the (MPTO) at this time of the Covid-19 Pandemic, for the most part, has been guided by alternative measures to the judicial process to resolve controversies, since they have proved to be faster, informal and implementable as needed.

Keywords: *Public Prosecutor's Office; Covid-19 Pandemic; Health Rights.*

RESUMEN

El propósito de este artículo es analizar la importancia del trabajo del Ministerio Público en la defensa de la salud durante la pandemia del Nuevo Coronavirus. Considerando que el Ministerio Público es la institución constitucionalmente designada para velar por los derechos e intereses metaindividuales de la sociedad, especialmente el derecho a la vida y la salud, es de relevancia jurídica y social analizar su desempeño en este momento tan sui generis de la historia mundial. Para la realización de este artículo se utilizó como metodología la investigación básica, con aplicación del método cualitativo de análisis, realizando levantamientos bibliográficos y documentales (sobre los documentos legales relevantes) en la literatura existente sobre el tema y datos extraídos del propio portal. oficina virtual del Ministerio Público del estado de Tocantins. Se puede observar que la labor del Ministerio Público del Estado de Tocantins en este momento de la Pandemia Covid-19, en su mayor parte, ha estado orientada por medidas alternativas al proceso judicial para resolver controversias, ya que han demostrado para ser más rápidas, informales e implementables según sea necesario.

Palabras clave: *Ministerio Público; Pandemia de Covid-19; Derechos de salud.*

Introdução

Hodiernamente, as discussões acerca das diversas questões de saúde ganharam enormes dimensões, em razão da pandemia da Covid-19. Tal momento exige a atuação dos diferentes seguimentos em prol da defesa e manutenção da vida.

O reconhecimento da saúde como direito humano deve-se à afirmação do modelo de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), que se desenvolveu, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, coube à Constituição Federal de 1988, de forma pioneira, assegurar expressamente a saúde como direito fundamental, condição imprescindível para a vida com dignidade. Assim, foi relacionada no texto constitucional como direito social previsto no artigo 6º (BRASIL, 1988).

A afirmação da saúde como direito fundamental teve como contrapartida a fixação da obrigação do Estado de promover ações e serviços voltados para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

A Constituição Federal apresenta diversos direitos fundamentais e previu instrumentos e instituições necessários para garantir a efetividade de suas normas. O Ministério Público (MP), nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL,1988).

Dentre outras atribuições, ao MP cabe “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” e “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988, artigo 129, incisos II e III).

Assim, constata-se a vocação da instituição para atuar em favor da efetividade do direito à saúde, já que as ações e os serviços orientados para sua garantia têm relevância pública (artigo 197 da Constituição Brasileira) e trata-se de interesse da coletividade, sendo indisponível.

Outrossim, diante da atual realidade que vivemos, este artigo teve como objetivo analisar a importância da atuação do Ministério Público como instituição que vela pelos direitos e interesses metaindividuais da sociedade, especialmente, o direito à vida e à saúde durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19), ou seja, de que forma esta instituição tem contribuído para a garantia dos direitos das vítimas infectadas pelo vírus.

Tendo em vista o atual cenário e o contato direto com a temática na Promotoria de Justiça de Augustinópolis/TO, esse contexto proporcionou inquietações em relação ao tema abordado, pois um estudo mais aprofundado sobre a temática pelo viés dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana é um campo frutífero.

Partindo desse pressuposto, estabelece-se como problema gerador do artigo um questionamento principal: de que forma o Ministério Público tem contribuído para fazer cumprir suas funções e responsabilidades em prol da coletividade durante o período da pandemia da Covid-19?

Para dar respostas aos questionamentos, buscou-se discorrer sobre a fundamentação constitucional da atuação do Ministério Público, quanto

a sua origem, princípios, garantias e proibições e as funções enquanto Instituição constitucionalmente encarregada de realizar a defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais; discorrer acerca dos aspectos legais que deram embasamento aos direitos coletivos, bem como a capacidade da instituição ministerial de contribuir para a efetivação desses direitos; analisar documentos públicos correlacionados ao enfrentamento à pandemia do novo coronavírus de forma que se relacione a atuação do Ministério Público do Estado do Tocantins durante o período de pandemia no ano de 2020.

Para tanto, este artigo utilizou como metodologia a pesquisa básica, com aplicação do método qualitativo para análise, realizando-se levantamentos bibliográficos e documentais (diplomas legais pertinentes à temática) na literatura existente sobre o assunto e dados retirados do próprio portal virtual do Ministério Público do estado do Tocantins.

1. Ministério Público: fundamentação constitucional

O Ministério Público, nas constituições brasileiras, sofreu várias alterações com o decorrer do tempo. Nesse sentido, Meyer-Pflug (2012) delinea sobre a evolução histórica da instituição:

O Ministério Público tem a sua origem relacionada aos agentes do poder absoluto, nas monarquias, não estando previsto, inicialmente, na separação dos poderes. Foi criado para sustentar e manter os arbítrios autocráticos das monarcas medievais. Foi a partir da Revolução Francesa que com o liberalismo elevou o Ministério Público à posição de guardião da legalidade, baluarte da democracia e também defensor dos direitos indisponíveis dos cidadãos. No entanto, no Brasil, o Ministério Público se distanciou por completo da sua origem de “acusador do rei” para se constituir no grande defensor dos interesses sociais, na grande maioria das vezes, contrapondo-se aos interesses dos próprios governantes e do Estado (MEYER-PFLUG, 2012, p. 180).

Com efeito, “o Ministério Público não surgiu de repente, num só lugar, por força de algum ato legislativo, formou-se lento e progressivamente, em reposta às exigências históricas” (MORAES, 2015, p. 10).

Segundo Moraes (2018), no Brasil o Ministério Público nasce em 1932 com o Código de Processo Criminal, mas a qualidade de “instituição

necessária” foi reconhecida somente com o Decreto nº 1030/1890.

A primeira constituição a tratar sobre Órgão Ministerial foi a Constituição de 1891, contudo, algumas garantias, como a estabilidade e a inamovibilidade, bem como a necessidade de concurso público, foram trazidas pela Constituição de 1946, art. 127, *in verbis*:

Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço (BRASIL, 1946).

Vale destacar que a inamovibilidade e a vitaliciedade mencionada expressamente como estabilidade na Constituição de 1946 tem previsão expressa na Constituição de 1988, alíneas “a” e “b”, inciso I, artigo 128. Além disso, a Carta Maior trouxe também como garantia a irredutibilidade do subsídio, conforme consta na alínea “c”, inciso I, deste mesmo artigo.

A Constituição de 1988 dedicou ao Ministério Público a primeira “Seção”, disposta entre os artigos 127 a 130-A constante no capítulo que trata “Das funções essenciais à justiça” e definiu no artigo 127, caput, que o Órgão Ministerial é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

As garantias expressas no texto constitucional são dirigidas à instituição ministerial como forma de proteção, por conseguinte são indisponíveis pelo integrante da carreira, que não pode a eles renunciar, conforme lembram Mendes e Branco (2017). Depois de adquirida a vitaliciedade, esta somente pode ser afastada por sentença judicial transitada em julgada, como preceitua a Constituição de 1988. Do mesmo modo, as proibições constantes no artigo 128, inciso II, e respectivas alíneas, como por exemplo, o exercício da advocacia e atividade político-partidária, são incompatíveis e contrárias aos princípios institucionais.

O Ministério Público vem, ao longo de sua história, desempenhando seu papel na defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como da ordem jurídica como um todo.

A Constituição Federal de 1988 conferiu-lhe, para execução dessa difícil tarefa, uma série de prerrogativas e garantias, tanto no que se refere à própria instituição quanto aos seus membros (MEYER-PFLUG, 2012, p. 179).

Em se tratando dos princípios do Ministério Público, para Moraes (2018), estes não estão somente na Constituição Federal, mas também na doutrina.

São princípios institucionais do Ministério Público, previstos na Constituição Federal, a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e o princípio do promotor natural. A doutrina enumera outros princípios infraconstitucionais: o exercício da ação penal, a irrecusabilidade e a irresponsabilidade (MORAES, 2018, p. 792).

Por outro lado, Mendes e Branco (2017), reconhecem como princípios institucionais os previstos no texto constitucional. Desta forma, destacam três princípios, todos previstos no parágrafo 1º do artigo 127 do diploma constitucional, que são o princípio da unidade, da independência funcional e o princípio da indivisibilidade.

Ressalte-se que a interpretação desses princípios deve coadunar com o fato de que não existe relação de subordinação entre os órgãos ministeriais; assim, não há hierarquia, mas mera distribuição entre os Ministérios Públicos existentes, uma vez que todos estão sob a direção de um Procurador-Geral. Dessa forma, tem-se a materialização do princípio da unidade.

A aplicação prática do princípio da indivisibilidade acontece quando ocorre substituição entre membros de uma mesma carreira entre órgãos ministeriais estaduais, por exemplo. Não se vislumbra qualquer relação de pessoalidade de seus membros com as respectivas causas, contudo, isso não significa que o membro da instituição ministerial possa ser substituído arbitrariamente. Não se admite a figura do “acusador de exceção” por força do artigo 5º, inciso LIII, da Carta Magna, que implicitamente materializa o princípio do promotor natural (BRASIL, 1988).

Com este princípio, impede-se designações casuísticas e arbitrárias, realizadas pelo Chefe da instituição, que acabariam por comprometer a plenitude e a independência da instituição. Assim, o princípio do Promotor Natural é o fator impeditivo de que um membro do Ministério Público venha a ser arbitrariamente afastado do desempenho de suas atribuições nos procedimentos em que ordinariamente officie (ou em que deva officiar), exceto se houver

relevante motivo de interesse público, por impedimento ou suspeição ou, ainda, por razões decorrentes de férias ou de licença (MASSON, 2015, p. 997).

Destaca-se que, em 2018, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu que pelo princípio da independência funcional, os atos do Ministério Público subordinam-se à Constituição de 1988, às leis e à consciência jurídica (ADI 5434/DF, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgamento: 26/04/2018).

De acordo com Meyer-Pflug (2012, p. 9), “[...] pode-se afirmar que a extensão e a densidade do ordenamento constitucional do Ministério Público no Brasil não encontram similares no Direito Comparado”. Ademais, quis a Constituição de 1988, no artigo 129, enumerar algumas funções do Ministério Público, isso porque elas não se esgotam no texto constitucional, mas estão dispostas também nas legislações infraconstitucionais, como informa Masson (2015). Entre essas funções institucionais, cumpre destacar os incisos II e III, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (BRASIL, 1988).

Ressalte-se que todas as funções do Órgão Ministerial não podem ser dissociadas dos princípios institucionais e valores consagrados pelo texto constitucional, como a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, aos quais se exige a defesa, a proteção e o zelo, especialmente em um cenário pandêmico como ocorre com a Covid-19. As garantias permitem a persecução e proteção desses valores. Lembra Masson (2015, p. 994), que o Ministério Público possui uma “destinação constitucional”.

2.Ministério Público na tutela dos direitos transindividuais

Os direitos difusos e coletivos, também conhecidos como direitos transindividuais, possuem como titular a coletividade indeterminável ou determinado grupo ou categoria. O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 81, os incisos I, II e III, a definição legal e individualizada do que vem a ser direito difuso e direito coletivo, bem como de direitos individuais homogêneos, que por sua natureza podem ser objetos de defesa coletiva, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

Nesse viés, os direitos difusos e coletivos, que se inserem nos chamados direitos de terceira dimensão, desprendem-se, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção da coletividade. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Segundo Agra (2018, p.282), “[...]os direitos protegidos são metaindividuais ou transindividuais, que ultrapassam os interesses de uma pessoa singular, espairando-se no grupo social, denominando-se direitos da civilização das massas”.

Com efeito, a evolução dos direitos insere-se em uma dicotomia quanto ao emprego da expressão “geração” ou “dimensão”. A doutrina moderna emprega o termo “dimensão”. Nessa linha, de acordo com Agra (2018):

[...] não existe uma alternância nas prerrogativas, mas uma evolução, contribuindo cada fase anterior na elaboração da fase posterior. A terminologia geração poderia produzir um falso entendimento de que uma geração

substituiria a outra, sem uma continuidade temporal entre elas (AGRA, 2018, p. 186).

Deixando de lado a questão terminológica, Barroso (2017) defende que:

[...] é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo (BARROSO, 2017, p.115).

Assim, a busca pela efetividade do direito propriamente dito e a responsabilização por eventuais lesões ou ameaças assume uma visão comunitária. É nesse sentido que o Ministério Público, em se tratando dos direitos agrupados como transindividuais, desempenha a sua destinação constitucional.

De fato, a necessidade de exigir o cumprimento dos direitos, especialmente em um contexto pandêmico, evidencia a importância do Ministério Público nos conflitos plurissubjetivos.

Os conflitos levados ao Poder Judiciário passam a envolver, numa única relação jurídico-processual, inúmeros sujeitos e inúmeros interesses jurídicos, concentrando nas mãos do juiz a incumbência de não apenas pacificar o conflito social (e não exclusivamente das partes diretamente envolvidas no processo), como também de fazer aplicável e concreto um direito cujo objeto é indivisível e cuja titularidade é indeterminada (SANTOS et al, 2012, p. 238).

Para Zavascki (2017), no Brasil, a evolução dessa sistemática processual acentua-se com as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 6.513/1977, pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), e mais substancialmente pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985).

Essa Lei, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade (ZAVASCKI, 2017, p. 36).

Graças às mudanças legislativas, o MP veio acumulando, no decorrer do tempo, novas e importantes atribuições, dentre as quais se destaca a promoção do inquérito civil público e da ação civil pública. Por intermédio desses instrumentos, o

MP tem a possibilidade de promover a defesa de direitos transindividuais, conforme prevê a Lei 7.347 de 1985, na forma do artigo 1º, inciso IV.

Para Moraes (2018), o artigo 1º, inciso IV, da lei acima mencionada não impõe um rol taxativo, na medida em que determina que seja possível pleitear outros direitos não expressamente previstos na Lei supracitada e isso se justifica em razão da expressão “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” contida no inciso IV. Diante disso, pode se afirmar que

A Lei da Ação Civil Pública é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar os aspectos processuais da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Alberga a lei material a relação de subordinação dos aspectos de direito material dos bens protegidos pela lei em questão (MORAES, 2018, p.522).

Desta forma, parece mais coerente a compreensão de Moraes (2018) quando afirma que a Lei 7.247/1985 é intrinsecamente processual.

Para Ijichi (2010), o Ministério Público atua como legitimado extraordinário nos casos de Ação Civil Pública, essa legitimidade não prescinde do fator de determinação ou indeterminação do grupo, posto que é autorizado pelo ordenamento jurídico (artigo 18, Código de Processo Civil, 2ª parte) e pela Constituição de 1988, como outrora afirmado. Aliás, muito embora, a legitimidade³ para a Ação Civil Pública esteja disposta no artigo 5º, inciso I, da Lei 7.347/85, para Agra (2018, p.297), em que pese à “imprecisão sistemática”, a Constituição de 1988 quis regulamentar a Ação Civil Pública no próprio texto constitucional. Vale destacar que nos termos do artigo 129, inciso III, do Diploma Constitucional, o Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública, como mencionado no capítulo anterior.

Nos direitos individuais homogêneos, a coletividade é determinada ou determinável e o bem se caracteriza pela divisibilidade. De acordo com Zavascki (2017):

A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles (ZAVASCKI, 2017, p. 40).

³ A Lei 11.448/2007 conferiu nova redação ao artigo 5º da Lei 7.347/1985 para prever expressamente quais pessoas de direito público e órgãos têm legitimidade para propor ação civil pública, entre os quais estão o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, e associações. Esta última deve observar os critérios previstos na própria Lei supracitada (BRASIL, 1985).

Assim, em uma eventual tutela coletiva, inúmeras pessoas podem ser reparadas singularmente, mas na tutela coletiva a eficácia da sentença de efeito *erga omnes* (artigo 103, III, Lei nº 8.078/1990), beneficiará todas as vítimas, inclusive, os seus sucessores como afirma o Código Consumerista. Para Zavascki (2017), a expressão tutela coletiva não é sinônima de direito coletivo, pois aquela se refere ao meio de defesa. Nesse sentido, a legitimidade do Ministério Público quando se trata de direitos individuais homogêneos não é uníssona na doutrina.

Existem três linhas de pensamento a respeito do tema: a) ilegitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos; b) legitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos somente relacionados com o consumidor; c) legitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos (IJICHI, 2010, p.44).

Assim, de acordo com a primeira linha de pensamento, o Ministério Público, embora autorizado pela Constituição Cidadã (artigo 129, inciso III) para defesa dos direitos difusos e coletivos, não poderia pleitear os direitos individuais homogêneos, posto que a tutela estaria eivada de inconstitucionalidade diante do silêncio constitucional. Para Ijichi (2010), a interpretação sistemática e lógica da literalidade do texto constitucional e da Lei 7.347/1985, artigo 1º, inciso IV, exclui a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos do âmbito do Ministério Público.

Já o segundo posicionamento doutrinário vincula a tutela coletiva do Ministério Público apenas ao âmbito do consumidor. Por outro lado, Zavascki (2017) cita outros fundamentos jurídicos, como a Lei 7.913/1989, em que pese não desmerecer o Código Consumerista. O artigo 1º da Lei nº 7.913/1989 atribui ao Ministério Público a competência para promover Ação Civil Pública com vistas a “evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários”.

Diante as divergências acerca do tema, em 2014, o STF decidiu, por unanimidade, pela legitimidade coletiva do Ministério Público, em se tratando de direito individual homogêneo. Entre outros pontos constantes na decisão do RE 631111 / GO em que foi Relator o Min. Teori Zavascki, o Recurso Extraordinário julgado em outubro de 2014 pelo Tribunal Pleno afirma que:

[...] o artigo 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses

sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, artigo 127) (RE 631111 / GO – GOIÁS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 07/08/2014. Publicação: 30/10/2014 Órgão julgador: Tribunal Pleno).

Observa-se que, de fato, a necessidade de conferir ao Ministério Público a legitimidade para pleitear a defesa dos direitos individuais homogêneos não expressos na Lei encontra limitações no próprio texto constitucional.

No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos (RE 631111 / GO – GOIÁS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 07/08/2014. Publicação: 30/10/2014 Órgão julgador: Tribunal Pleno).

Assim, percebe-se que a singularidade dos direitos individuais homogêneos não é absoluta quando os interesses em questão atingem uma dimensão impessoal e coletiva em que a ofensa ao bem jurídico transcende interesses individuais.

A Constituição de 1988 cuidou explicitamente em observar a importância da efetivação dos direitos individuais e sociais na construção de um Estado Democrático. Essa preocupação inaugura o seu preâmbulo que deve servir como fonte de interpretação. O Ministério Público, como instituição permanente, atua na defesa dessa ordem jurídica instituída pelo Constituinte Originário quando na proteção dos direitos transindividuais.

Mendes (2017) ressalta que diferentemente das Constituições pretéritas, a Constituição de 1988 optou por não tratar dos direitos sociais em apenas um capítulo. Na nova ordem constitucional, os direitos sociais estão expressos no artigo 6º da Constituição Federal, mas minuciados a partir do capítulo II, no Título VIII, “Da Ordem Social”, como por exemplo o direito à saúde e o direito à educação, respectivamente, previstos nos artigos 196 e 205.

O direito à saúde é um direito social fundamental, compreendido na classe dos direitos difusos e coletivos. Contudo, isso nem sempre foi visto dessa forma.

No estudo da trajetória dos sentidos que a saúde adquiriu em nosso país, é possível identificar três concepções que emergiram ao longo da história: enquanto favor; enquanto um serviço decorrente de um direito trabalhista ou como um serviço privado; enquanto direito. Tais concepções possuem uma forte institucionalidade no âmbito do Estado e das instituições jurídicas. Além disso, permitem pensar a cultura política que se cristalizou no Brasil no que concerne à efetivação de direitos sociais e coletivos (ASCENSI, 2010, p. 15).

A concepção de saúde como “direito de todos” somente foi reconhecida pelo Estado com a Constituição de 1988. De acordo com Agra (2018, p. 299), “direitos sociais é a espécie de direitos humanos que apresenta como requisito para sua concretização a exigência da intermediação dos entes estatais, quer na realização de uma prestação fática, quer na realização de uma prestação jurídica”.

Insta salientar que o direito à saúde - apesar de constituir um direito social - pode ser elevado à categoria de direito transindividual - visto que podem ser titulares, ao menos durante o período da pandemia - pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, conforme disciplina o artigo 81, parágrafo 1º, da Lei nº 8.078/1990. (Código de Defesa do Consumidor).

Nesse sentido, Barcelos (2018) destaca que nas ações coletivas embora, por vezes, a natureza do direito tutelado seja a mesma das ações puramente individuais, a tutela coletiva poderá ter um impacto diferenciado sobre a promoção dos direitos fundamentais, tanto porque o número de eventuais beneficiados será maior, quanto porque a ação coletiva tem o potencial de afetar a política pública geral sobre o tema.

A concretização do acesso à saúde como direito conferido a todos os cidadãos tem se mostrado uma realidade distante diante da urgência arrastada pela pandemia da Covid-19, que deixou descoberta a insuficiência estatal em fazer cumprir inúmeros direitos sociais. Contudo, não se pode olvidar que em 2014, no AI 822882 AgR / MG, o Ministro Roberto Barroso reafirmou o seguinte entendimento do STF:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (TJ/MG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Primeira Turma. Ag. Reg. no AGRAVO DE INSTRUMENTO 822.882. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 10.06.2014).

Aliás, em que pese à sabida reafirmação supracitada, o próprio texto constitucional em seu artigo 5º, parágrafo 1º, conferiu a aplicação imediata às normas definidoras de direitos fundamentais. A saúde como direito de todos constitui-se como um bem de valor jurídico inestimável, posto que, intrinsecamente ligada ao direito à vida, é pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o direito à saúde apresenta-se como alicerce para o exercício dos direitos de liberdade.

Para Masson (2015), os direitos sociais podem ser compreendidos como cláusulas pétreas implícitas por aplicação da exigência do “mínimo existencial” que deve garantir a existência digna. A não inserção como cláusula pétrea expressa não desobriga o mesmo cuidado jurídico destas.

Nesse sentido, Mendes (2017), cita o fundamento da dignidade da pessoa humana constante no artigo 1º, inciso II, da Constituição de 1988,

como princípio fundamental que reverbera também na construção dos objetivos fundamentais dispostos no artigo 2º da Constituição, como por exemplo, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos (MENDES, 2017, p.122).

Nada obstante, como outrora mencionado, o Supremo Tribunal Federal entende que a compreensão de norma programática não desobriga o Estado de cumprir essas prestações positivas. Ressalte-se que o caso tratou do direito assistencial à saúde.

3. A atuação do Ministério Público do Tocantins no enfrentamento da pandemia da Covid-19

Desde que foi declarada a pandemia de Covid-19, em março de 2020, o Ministério Público do Estado do Tocantins (MPTO) vem adotando uma série de medidas preventivas e de enfrentamento à doença e suas consequências em todo o estado, com o objetivo de proteger os seus integrantes e a população, cumprindo seu papel de fiscalizar as ações e acompanhar os resultados das políticas públicas definidas pelo Estado e pelos Municípios.

Quando o governo estadual, no mês de março do ano de 2021, expediu decreto indicando a adoção de medidas de isolamento social para o controle da pandemia do novo coronavírus no estado, o Ministério Público do Tocantins, seguindo essa diretriz, com o objetivo de diminuir os riscos de contágio à

população, restringiu a realização de atividades presenciais em suas sedes – salvo para atendimento a casos urgentes – adotando o regime de trabalho remoto.

Segundo dados do Ministério Público do Estado do Tocantins (2020a), no que se refere aos municípios, os Promotores de Justiça atuam nas 40 comarcas do estado, contando com suporte técnico do Centro de Apoio Operacional às Promotorias da Saúde, que disponibiliza de um banco de dados sobre as atividades desenvolvidas em todo o estado na área da saúde.

De acordo com o Ministério Público do Estado do Tocantins (2020b), a instituição trabalha de modo articulado com a Procuradoria-Geral da República, tendo assento no Gabinete Integrado de Acompanhamento da Pandemia de Covid-19 (GIAC) do estado do Tocantins; e em colaboração com os demais ramos do Ministério Público presentes no Tocantins, por meio do Gabinete Permanente Interinstitucional (GPI); bem como orienta suas ações internas e externas com base nas decisões colegiadas do Gabinete de Gerenciamento de Crise, instituído em âmbito interno em março de 2020.

Vale destacar, aqui, algumas medidas administrativas tomadas diante da eminente crise pandêmica, conforme dispõe o Portal do Ministério Público do Estado do Tocantins (MPTO, 2021): i) a criação de um grupo permanente chamado de Gabinete de Gerenciamento de Crise por instrumento do Ato 043/2020, com atribuição de intermediar e articular ações contra Covid-19; ii) a adesão do MPTO ao Comitê de Crise para Prevenção do Vírus Covid-19, por instituição do Chefe do Executivo Estadual; iii) a criação do Gabinete Permanente Interinstitucional (GPI), coordenado conjuntamente por três órgãos ministeriais: o MPTO, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Federal.

Além disso, existe o trabalho dos órgãos auxiliares, como os Centros de Apoios Operacionais às Promotorias (Caops) para assuntos relacionados à saúde e ao meio ambiente (CaoSaúde e Caoma, respectivamente) que auxiliam os promotores de Justiça em suas funções fiscalizatórias frente aos gestores de saúde municipais. Parece coerente que o MPTO, na sua destinação constitucional quando do zelo pelos direitos transindividuais, crie mecanismos para subsidiar a sua atuação de seus órgãos de execução diante da seriedade e necessidade de observância das normas sanitárias quando se trata da Covid-19.

Foi nesse sentido que a Nota Técnica 001/2020, expedida conjuntamente pelo Centro de Apoio Operacional de Urbanismo, Habitação e Meio Ambiente (Caoma) e Centro de Apoio Operacional da Saúde (CaoSaúde) trouxe

orientações sanitárias e ambientais sobre o manuseio de cadáveres com óbitos suspeitos ou confirmados por Covid-19 e o descarte adequado dos resíduos de serviços de saúde (tecidos humanos retirados, líquidos corpóreos e materiais infectantes diversos) (MPTO, 2020).

Nota-se que o MPTO tem realizado atuações para a proteção do direito à saúde, com o objetivo de resguardar a dignidade e o exercício das liberdades indissociáveis desse direito e algumas dessas atuações estão disponíveis na aba de informações sobre a pandemia de Covid-19 no Portal do MPTO.

Nesse sentido, conforme disponibilizado no site do MPTO na aba do CaoSaúde, acerca do enfrentamento da pandemia no período entre 1º de janeiro a 30 de setembro de 2020, o CaoSaúde contabilizou: 221 procedimentos instaurados; 294 recomendações administrativas expedidas; 202 reuniões realizadas; 18 ações civis públicas ajuizadas; 62 audiências administrativas promovidas; 10 vistorias e inspeções; além de termos de ajustamento de conduta, audiências judiciais, acordo de não persecução penal e palestras. Também foram ajuizadas ações coletivas em defesa da saúde, sendo 213 ações propostas pelas promotorias; 34 em atuação conjunta com a Defensoria Pública Estadual (DPE); 7 com a DPE e o Ministério Público Federal (MPF); 1 com o Ministério Público do Trabalho e 1 com o Conselho Regional de Medicina.

Diante de tais informações, são vários os exemplos de medidas específicas relativas à pandemia realizadas pelo MPTO desde o início do isolamento social, muitas, inclusive, publicadas no site da instituição e na imprensa no período de março a novembro de 2020.

A título de exemplo, foram expedidas recomendações para que as prefeituras adotassem medidas mais efetivas de prevenção, controle e contenção dos riscos de contaminação, visando evitar aglomerações de pessoas e garantir o isolamento social nos municípios de Gurupi, Colinas, Arapoema, Pium e Cristalândia; o MPTO requisitou informações sobre existência de respiradores e equipamentos de proteção individual no Hospital Regional de Araguaína; o MPTO, MPT e MPF expediram recomendação conjunta para que o Secretário Estadual de Saúde adotasse providências relacionadas aos serviços de saúde ofertados pelas unidades hospitalares do estado do Tocantins.

Igualmente, foram expedidas recomendações administrativas para manter em funcionamento apenas atividades essenciais; também houve várias deliberações contra promoção de festas por pessoas físicas ou jurídicas que desrespeitaram a orientação para evitar aglomerações, como em Figueirópolis/TO e Palmas/TO; além de ajuizadas diversas ações em face de pessoas infectadas pelo coronavírus que não cumpriram quarentena, como em Palmas/TO, Fátima/TO, Aurora do Tocantins/TO e Ponte Alta do Tocantins/TO; bem como foram ajuizadas ações para melhorar a estruturas das unidades hospitalares e a disponibilização de profissionais da saúde capacitados, tendo como exemplo a cidade de Augustinópolis/TO, Arraias/TO e Araguaína/TO.

A partir desses dados disponíveis ao público em geral, na aba “covid”, situada no endereço eletrônico do MPTO, verificou-se que a instituição tem mostrado atuação na pacificação de lides extrajudicialmente, pois foram instauradas Notícias de Fatos; Inquéritos Cíveis Públicos; Procedimentos Administrativos; Procedimentos Preparatórios; acordados Termos de Ajustamento de Condutas (TACs); expedidas recomendações e requisições; bem como realizadas audiências públicas e reuniões para debates dos conflitos relacionados à Covid-19. Já no âmbito judicial, observou-se que foram protocoladas Ações Cíveis Públicas.

Desse modo, nota-se que a atuação do Ministério Público pode ser dividida em dois modelos: o judicial, de cunho demandista, resultante da busca crescente pelo Poder Judiciário na solução de embates sociais e no papel do Ministério Público (MP) enquanto agente processual; e o resolutivo, que se baseia na figura de intermediador e negociador do *parquet*, na busca proativa de um consenso pela via extrajudicial, dialogando com a sociedade, o estado e acompanhando a pacificação dos conflitos fora do aparato judicial.

Embora partindo de premissas distintas, os dois modelos não se excluem, uma vez que há diversos casos em que a *ultima ratio*, qual seja, a ação judicial, é a única forma de sanar um problema que se apresenta. Nesse sentido, pode-se citar que o MP instaurou Inquérito Cível Público e expediu Recomendação visando a regularização da testagem rápida e sorológica, bem como as escalas de profissionais de saúde em prontos atendimentos do ente público. Contudo, as requisições não foram atendidas pelo ente público, o que levou o ajuizamento da Ação Cível Pública para fins de regularizar a situação (MPTOc, 2020).

Desse modo, as informações disponibilizadas no site do MPTO comprovam a presença do órgão ministerial na resolução de problemas administrativamente, na busca proativa de um consenso pela via extrajudicial, dialogando com a sociedade, o estado e acompanhando a pacificação dos conflitos fora do aparato judicial.

Com efeito, a característica de um MP resolutivo é constatada com frequência nos procedimentos, uma vez que, sozinho, o Ministério Público não tem como tomar decisões a respeito de políticas públicas e outros aspectos da vida em comunidade, mas, dialogando com instituições, setores e comunidade e também como fiscal da lei, é possível tratar de uma fatia significativa da realidade social e certificar-se a respeito do exercício da cidadania e dos direitos assegurados constitucionalmente.

Considerações finais

Atualmente, as discussões acerca das diversas questões de saúde ganharam enormes dimensões, em razão da pandemia da Covid-19. Tal momento exige a atuação dos diferentes segmentos em prol da defesa e manutenção da vida. A pandemia de Covid-19 imergiu, em escala mundial, a preocupação com a crise sanitária.

A compreensão do direito à saúde como direito humano impõe-se diante da sua indissociabilidade com o direito à vida. A vida é o cerne de todos os direitos, de onde se irradia o exercício da liberdade. A vida, mesmo no seu sentido mais singelo, não pode ser despida de dignidade. É nesse sentido que o princípio da dignidade da pessoa humana deve emanar por toda a Constituição de 1988, inclusive pelos objetivos fundamentais, constantes no artigo 3º, da mencionada constituição (BRASIL, 1988).

A natureza programática do direito à saúde não diminui a obrigação estatal de prestar mecanismo para sua manutenção e preservação. Apesar disso, a distância entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e a realidade dos municípios tocantinenses mostra-se assustadora. Parece razoável a concepção de que não se pode atribuir a problemática arrastada pela pandemia de Covid-19 à insuficiência de leis.

A necessidade constante da atuação do MPTO evidencia uma ingerência e demora estatal quanto à aplicação e execução de políticas públicas na área da

saúde. No cenário pandêmico, içam-se discussões jurídicas sobre a relevância pública do direito à saúde com o objetivo de sanar deficiências e irregularidades no tratamento da Covid-19. Na persecução da sua função o Ministério Público dispõe de importantes instrumentos legais, como por exemplo: Ação Civil Pública, Inquérito Civil Público, Recomendações, entre outros para garantir que tal direito seja respeitado.

Em se tratando dessa atuação, mas aprofundando-se em uma dimensão mais regional, como no âmbito estadual, o MPTO tem trabalhado em prol dos direitos transindividuais diante da carência estatal, com forte tendência para predominância das atuações extrajudiciais, posto que representam um quantitativo maior do que as ações judiciais propostas, demonstrando que o MPTO tem-se utilizado os meios de extrajudiciais para fins de resolução dos conflitos, evitando dessa maneira a sobrecarga do Poder Judiciário.

Outrossim, na busca por soluções legais extrajudiciais, o MPTO organizou setores especializados, como o CaoSaúde e o Caoma, para subsidiar as suas ações de execução dos Promotores de Justiça. Com isso, a atribuição fiscalizatória dos Centros de Apoio Operacionais às Promotorias permite a emissão de Notas Técnicas, materiais de apoio e relatórios indispensáveis à eficácia da atuação ministerial. Além da organização interna institucional, a coordenação externa dos trabalhos de forma interinstitucional entre os Ministérios Públicos (MPTO, MPT e MPF) foi mais um ponto positivo para a atuação ministerial frente à pandemia de Covid-19.

Contudo, a contribuição do MPTO nas medidas de enfrentamento da Covid-19 possuiu um papel de relevância no período da pandemia no estado do Tocantins, mas as discussões sobre a saúde como direito social indissociável da dignidade da pessoa humana possuem várias ramificações de análise, e se torna um campo fértil de muitas discussões.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010. 206 p. Disponível

em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10313/Indo%20al%c3%a9m%20da%20Judicializa%c3%a7%c3%a3o%20-%20O%20Minist%c3%a9rio%20P%c3%bablico%20e%20a%20sa%c3%bade%20no%20Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 15 de agosto de 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 1ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo.** 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 24 de julho de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 30 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm> Acesso em 23 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 19 de julho de 2020.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Resolução nº. 126/2015 do Conselho Nacional do Ministério Público. STF-DF.AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADI 5434 / DF.** Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 26/04/2018.Publicação: 23/09/2019. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur411449/false>> Acesso em: 19 de julho de 2020.

GOIÁS. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Constitucional e Processual Civil. Ação Civil Coletiva. Direitos Transindividuais (difusos e coletivos) e direitos individuais homogêneos. **Recurso Extraordinário 631.111**. Goiás. Relator : min. Teori Zavascki. Recte.(s):Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es) :Procurador-Geral da República. Recdo.(a/s): Marítima Seguros S/A. Adv.(a/s) :luís Felipe Freire Lisbôa e outro (a / s) Plenário. 07.05.2014. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=274144301&ext=.pdf>> Acesso em 29 de agosto de 2020.

IJICHI, Renato Riyuiti. **A legitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos**. Monografia (Bacharelado em direito). Centro Universitário Toledo. Araçatuba-SP. 2010. Disponível em <<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/1727/1/Renato%20Riyuiti%20Ijichi.pdf>> Acesso em 12 de Agosto de 2020.

MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 3ª.ed. rev. ampl. atual. Salvador-BA: JusPodvm, 2015.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/46/29> Acesso em 21 junho de 2020.

MINAS. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental em agravo de instrumento. Direito à saúde. Medicamento de baixo custo. Fornecimento pelo poder público. Solidariedade dos entes federativos. Precedentes. AI 822882 AgR / MG - MINAS GERAIS. AG.REG. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 10/06/2014. Publicação: 06/08/2014. Órgão julgador: Primeira Turma. Disponível <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur271079/false>> Acesso em 17 de setembro de 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo : Atlas, 2018.

Ministério Público do Estado do Tocantins. **Acompanhe a atuação do Ministério Público em todo o Estado no enfrentamento ao novo coronavírus**. 2020a.

Disponível em: <<https://www.mpto.mp.br/Covid-19/2020/03/30/acompanhe-a-atuacao-do-ministerio-publico-em-todo-o-estado-no-enfrentamento-ao-novo-coronavirus>>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

Ministério Público do Estado do Tocantins **Nota técnica conjunta nº 001/2020**. 2020. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/caop-da-saude/2020/09/24/889701-notas-tecnicas> Acesso em 18 de agosto de 2020.

Ministério Público do Estado do Tocantins. **PGJ detalha atuação do Ministério Público no enfrentamento da Covid-19 e leva questionamentos à reunião do Comitê de Crise para Prevenção**. 2020b. Disponível em: <<https://mpto.mp.br/portal/2020/04/20/pgj-detalha-atuacao-do-ministerio-publico-no-enfrentamento-da-covid-19-e-leva-questionamentos-a-reuniao-do-comite-de-crise-para-prevencao>>. Acesso em: 23 de janeiro 2021.

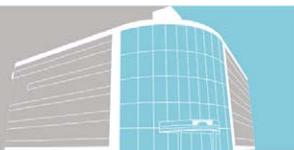
Ministério Público do Estado do Tocantins. **Caop da Saúde tem atuação intensa em primeiro ano**. 2021. Disponível em: <<https://mpto.mp.br/portal/2021/01/04/caop-da-saude-tem-atuacao-intensa-em-seu-primeiro-ano>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2021.

Ministério Público do Estado do Tocantins. **Dados Covid-19**. 2020c. Disponível em: <<https://www.mpto.mp.br/caop-da-saude/2020/12/04/dados-Covid-19>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2021.

SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 6, nº 18, p. 229-245, Jan./Mar. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



Avaliação da atuação do CNJ na última década

Evaluation of the Performance of
the CNJ in the Last Decade

Evaluación del Desempeño del
CNJ en la Última Década

Marcos Conceição da Silva¹

RESUMO

Discorre-se sobre a criação do CNJ e sua importância como um órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Abordase a atuação do sistema judicial brasileiro e a percepção da sociedade quanto à sua eficiência, considerado como atrasado, moroso pouco transparente. Apresentam-se os avanços alcançados com a Reforma do Judiciário, a partir de 2004, no que diz respeito ao controle e transparência administrativa. Analisam-se os planos estratégicos nacionais e os Relatórios das Metas Nacionais do CNJ na década de 2010, constatando-se que o órgão conseguiu alcançar, e em alguns casos superar, os objetivos estabelecidos.

Palavras-chave: *Poder Judiciário; Reforma do Judiciário; Conselho Nacional de Justiça; Avaliação.*

¹ Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Tocantins (2007). Atualmente é analista ministerial especializado do Ministério Público do Estado do Tocantins. Tem experiência na área de Economia, com ênfase em elementos de Planejamento e Gestão da Administração. ORCID: 0000-0002-4307-1859.

ABSTRACT

The creation of the CNJ and its importance as a control body for the administrative and financial performance of the Judiciary Branch is discussed. It addresses the performance of the Brazilian judicial system and society's perception of its efficiency, considered to be backward, slow and lacking in transparency. The advances achieved with the Judiciary Reform, as of 2004, are presented, with regard to administrative control and transparency. It analyzes the national strategic plans and the National Targets Reports of the CNJ in the 2010 decade, noting that the body managed to achieve, and in some cases surpass, the established objectives.

Keywords: *Judicial power; Judiciary Reform; National Council of Justice; Assessment.*

RESUMEN

Se discute la creación de la CNJ y su importancia como órgano de control del desempeño administrativo y financiero del Poder Judicial. Aborda el desempeño del sistema judicial brasileño y la percepción de la sociedad sobre su eficiencia, considerado atrasado, lento y falta de transparencia. Se presentan los avances logrados con la Reforma Judicial, a partir de 2004, en materia de control administrativo y transparencia. Analiza los planes estratégicos nacionales y los Informes de Metas Nacionales del CNJ en la década de 2010, señalando que el organismo logró alcanzar, y en algunos casos superar, los objetivos establecidos.

Palavras-claves: *Poder Judicial; Reforma judicial; Consejo Nacional de Justicia; Evaluación.*

Introdução

O presente texto tem como propósito discorrer sobre a avaliação da atuação do CNJ a partir da análise dos planos estratégicos do Poder Judiciário na última década. Para tanto, procedeu-se à coleta e organização de informações dos relatórios das Metas Nacionais disponíveis no sítio do CNJ e à pesquisa bibliográfica das normas publicadas sobre o tema no período de referência. Os resultados da análise permitem concluir que o CNJ conseguiu alcançar, e em alguns casos superar, os objetivos que foram estabelecidos. Certamente a modernização da administração dos tribunais não teria atingido o patamar atual sem o trabalho do CNJ como órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

Este artigo está dividido em quatro seções, além desta introdução. A primeira parte faz uma breve contextualização da Reforma do Judiciário e da criação do CNJ. Na segunda parte, tecem-se alguns comentários sobre os planos nacionais formulados na década, dando destaque para os objetivos estratégicos que foram propostos. Na terceira parte, apresentam-se quadros resumidos da avaliação do alcance das Metas Nacionais, procurando mensurar objetivamente o sucesso da atuação do CNJ. Por fim, expõem-se as considerações finais do trabalho.

1. O CNJ e a Reforma do Judiciário

As três décadas que antecederam a Reforma do Judiciário foram marcadas pelo aumento na percepção, por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, quanto à baixa eficiência do sistema judicial brasileiro. A consolidação do consenso em torno desse fato tomou tal proporção, junto à opinião pública, que colocou em risco o prestígio do Poder Judiciário, chegando, no período mais próximo da Reforma, a uma verdadeira crise institucional com os outros poderes (AXT, 2017).

A fonte desse desgaste concentrava-se em dois fatores, que foram se agravando ao longo do tempo: o gargalo no atendimento da demanda pela prestação jurisdicional e o rito processual adotado no País. Ambos os fatores se originaram da transformação da sociedade brasileira, advinda da intensificação da urbanização e industrialização, da abertura política decorrente da erosão do regime ditatorial dos militares e do retardo na incorporação de inovações no arcabouço jurídico pátrio (SADEK, 2004).

O Poder Judiciário era visto como atrasado, sem agilidade, estruturalmente pesado, pouco transparente, incapaz de fornecer soluções em tempo razoável, previsível e a custos acessíveis a todos. A superação desse estado apontava, dentre outras medidas, para a necessidade de estabelecimento de um órgão de controle, pois, dos três poderes, o Judiciário era o que tinha menos mecanismos de fiscalização, seja por parte da sociedade, de outros poderes, ou até sobre si mesmo (RIBEIRO, 2008).

Nesse contexto, consoante a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Foi apresentado como um órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário,

cabendo-lhe, principalmente, atribuições relacionadas ao aperfeiçoamento da Administração da Justiça no país.

Os líderes políticos que apoiavam a reforma acreditavam que o CNJ seria a mola mestra que impulsionaria os órgãos do Poder Judiciário em direção à modernidade administrativa. Ou seja, o CNJ se constituiria no arranjo estatal responsável por introduzir práticas gerencialistas no sistema de gestão dos tribunais, ainda extremamente burocrático-patrimonialistas, atendendo aos reclames de modernização denunciadas pela opinião pública (AXT, 2017).

A administração gerencialista, ou *New Public Management* (NPM), constitui-se como um amplo movimento reformista do aparelho do Estado, que propaga um conjunto de mudanças deliberadas de estruturas e processos nas organizações do setor público com o objetivo de obter melhores desempenhos para a sociedade (CAVALCANTE, 2017).

Dentre as práticas da administração gerencialista que foram introduzidas pelo CNJ, destacamos a implementação de diretrizes para nortear a atuação institucional dos tribunais, voltadas para o estímulo à incorporação das práticas de planejamento e gestão estratégicas em todos os segmentos do Judiciário nacional (CNJ, 2009).

Nesse espírito, de 2009 a 2019, foram instituídos dois planos estratégicos nacionais do Poder Judiciário. Desses planos derivaram um total de noventa e nove Metas Nacionais, que foram objeto de monitoramento pelos tribunais, pelo CNJ e pela sociedade brasileira. Podemos afirmar que a atuação do CNJ pode ser avaliada por meio da análise da margem de alcance dos objetivos traçados nos dois planos estratégicos nacionais, operacionalizados pelas Metas Nacionais.

2. A estratégia para o Poder Judiciário na década de 2010

2.1. Plano estratégico nacional 2009-2014

O plano estratégico nacional 2009-2014 utilizou uma versão do Balanced Scorecard (BSC), adaptada ao setor público, como referencial metodológico para a formulação de missão, visão, valores e objetivos estratégicos. O plano estabeleceu diretrizes para a elaboração de versões

setoriais de planejamento estratégico para os tribunais, que ficaram obrigados a definir um indicador e meta de cada objetivo do plano nacional e a elaborar projetos e ações suficientes e necessários para o alcance das metas fixadas. Além disso, as propostas orçamentárias dos tribunais passariam a se alinhar aos planos setoriais e nacional, de forma a garantir os recursos necessários à execução de projetos e ações.

Os fundamentos da estratégia do plano nacional 2009-2014 assentaram-se nos temas: eficiência operacional (garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos; buscar a excelência na gestão de custos operacionais), acesso ao Sistema de Justiça (facilitar o acesso à Justiça; promover a efetividade no cumprimento das decisões judiciais), responsabilidade social (promover a cidadania), alinhamento e integração (garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do Judiciário; fomentar a interação e a troca de experiências entre Tribunais nacionais e internacionais), atuação institucional (fortalecer e harmonizar as relações entre os Poderes, setores e instituições; disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva; aprimorar a comunicação com o público externo), gestão de pessoas (desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes dos magistrados e servidores; motivar e comprometer magistrados e servidores com a execução da Estratégia) infraestrutura (garantir a infraestrutura apropriada às atividades administrativas e judiciais), tecnologia (garantir a disponibilidade de sistemas essenciais de TI), e, por fim, orçamento (assegurar recursos orçamentários necessários para a execução dos objetivos da estratégia).

O plano nacional 2009-2014 reforçou a necessidade de criação dos Núcleos de Estatística e Gestão Estratégica em cada instância do Judiciário, a fim de aperfeiçoar a qualidade das informações necessárias ao monitoramento dos indicadores do plano, e instituiu o Banco de Boas Práticas de Gestão do Poder Judiciário, com o intuito de promover a divulgação e o compartilhamento de projetos e ações desenvolvidos pelos tribunais.

Durante a vigência do plano, foram propostas 60 Metas Nacionais, nos temas celeridade (7), conciliação (1), priorização de causas sensíveis (3), processo de execução (4), produtividade (7), relacionamento com a

sociedade (1) e melhoria da gestão e infraestrutura organizacional (37), destas últimas, no ano de 2009, nove eram Metas de Nivelamento.

2.2. Plano estratégico 2015-2020

A fim de internalizar elementos de gestão mais democráticos, participativos e adaptativos no Poder Judiciário, o CNJ instituiu a Rede de Governança Colaborativa entre os elementos no plano estratégico 2015-2020, uma instância composta por magistrados e servidores de todo o País, organizada em comitês e subcomitês que ficou responsável por propor diretrizes nacionais, impulsionar a implementação dessas diretrizes e divulgar os resultados alcançados. Por meio do trabalho da Rede de Governança Colaborativa, o CNJ propôs o plano estratégico nacional 2015-2020.

O plano 2015-2020 manteve a orientação metodológica do BSC, incorporou o aprendizado do plano anterior, modificou a nomenclatura dos objetivos estratégicos para macrodesafios do Poder Judiciário, incluiu resumos de tendência atual e de cenário desejado, ampliou o conceito de metas (continuadas, periódicas e nacionais) e delimitou os conceitos de iniciativa estratégica nacional, diretriz estratégica e cesta de indicadores. O plano também forneceu orientação para o desdobramento, execução e governança da estratégia de forma mais clara, reduzindo a discricionariedade dos administradores dos tribunais.

A estratégia do plano 2015-2020 foi formulada como efetividade na prestação jurisdicional, visando à superação dos doze macrodesafios do Poder Judiciário, assim definidos: garantia dos direitos de cidadania; combate à corrupção e à improbidade administrativa; celeridade e produtividade na prestação jurisdicional; adoção de soluções alternativas de conflito; gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes; impulso às execuções fiscais, cíveis e trabalhistas; aprimoramento da gestão da justiça criminal; fortalecimento da segurança do processo eleitoral; melhoria da gestão das pessoas; aperfeiçoamento da gestão de custos; instituição da governança judiciária; melhoria da infraestrutura e governança de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC).

O plano manteve a preocupação com a produção de informações necessárias ao monitoramento de indicadores, macrodesafios e informações

gerenciais, por meio do Relatório Justiça em Números, do acompanhamento de desempenho das metas nacionais nos eventos de Encontro Nacional do Judiciário e através do Questionário “Execução da Estratégia Nacional”.

Durante a vigência do plano, foram propostas trinta e nove Metas Nacionais, nos temas celeridade (5), conciliação (6), priorização de causas sensíveis (13), processo de execução (5), produtividade (5), maiores litigantes e demandas repetitivas (5).

3. Avaliação do cumprimento dos planos nacionais do Poder Judiciário

A partir do confronto entre o valor apurado e o esperado, uma meta qualquer pode vir a ser superada, alcançada ou frustrada em relação ao resultado pretendido. No caso das Metas Nacionais do Poder Judiciário, adotaremos que, caso o resultado obtido seja maior que o esperado, a Meta foi “superada”. Se o resultado obtido for igual ou 10% inferior ao esperado, afirmamos que a Meta foi “alcançada”. Por último, caso o resultado da Meta tenha ficado menor do que 90% em relação ao esperado, diremos que a meta foi frustrada.

Por exemplo, se a quantidade de processos de conhecimento julgados tiver sido maior do que a quantidade de processos distribuídos no ano anterior, diremos que a meta “julgar quantidade maior de processos de conhecimento em relação aos distribuídos no ano anterior” foi “superada” para o ano em específico. Caso o resultado esteja situado entre 90% e 100%, podemos dizer que a meta foi “alcançada”. Por fim, caso o resultado obtido seja menor do que 90%, diremos que a meta foi “frustrada”.

Ao aplicar a conceituação proposta às Metas Nacionais, por tema, obtivemos o Quadro 1 para o Plano Estratégico 2009-2014 do Poder Judiciário. Depreendemos do Quadro 1 que das 60 Metas estabelecidas, 36 foram alcançadas ou superadas, e 24 ficaram aquém do esperado. O tema celeridade, por exemplo, que inclui Metas como “identificar e julgar determinado percentual de processos antigos, de diversos períodos de tramitação” estabeleceu sete Metas, das quais duas foram alcançadas, duas superadas e três frustradas, no período de 2009 a 2014. Ao estendermos o raciocínio para os demais temas do plano, podemos afirmar que sua taxa

geral de sucesso foi de 60%. Considerando o elevado número de metas que foram propostas e a imaturidade dos tribunais em relação à metodologia do BSC, podemos afirmar que, apesar das dificuldades, o CNJ obteve sucesso no alcance dos objetivos do plano estratégico 2009-2014.

Quadro 1 – Resultados das Metas Nacionais do Plano Estratégico 2009-2014 do Poder Judiciário, por tema

Tema	Alcançada	Superada	Frustrada	Nº Metas
Celeridade	2	2	3	7
Conciliação			1	1
Melhoria do Modelo de Gestão Organizacional	18	3	26	37
Priorização de causas sensíveis			3	3
Processos de execução	2	1	1	4
Produtividade	7			7
Relacionamento com a sociedade	1			1
Total Resultado	30	6	24	60

Fonte: Elaboração própria

Analogamente, elaboramos o Quadro 2, disposto a seguir. Ele traz os resultados das Metas Nacionais do Plano Estratégico 2015-2020, também por tema. Compreendemos do quadro que das 39 Metas estabelecidas, 26 foram alcançadas ou superadas e 13 ficaram aquém do esperado. O tema produtividade, por exemplo, que inclui Metas como “julgar quantidade maior de processos de conhecimento em relação aos distribuídos no ano corrente”, possuiu cinco Metas, das quais duas foram alcançadas, três superadas e nenhuma frustrada no período do plano. Ao estendermos o raciocínio para os demais temas, podemos afirmar que a taxa geral de sucesso foi de 67%. Mais uma vez, apesar das dificuldades, o CNJ obteve sucesso no alcance dos objetivos estratégicos traçados.

Quadro 2 – Resultados das Metas Nacionais do Plano Estratégico 2015-2020 do Poder Judiciário, por tema.

Tema	Alcançada	Superada	Frustrada	Nº Metas
Celeridade	2	2	3	7
Conciliação			1	1
Total Resultado	30	6	24	60

Tema	Alcançada	Superada	Frustrada	Nº Metas
Melhoria do Modelo de Gestão Organizacional	18	3	26	37
Priorização de causas sensíveis			3	3
Processos de execução	2	1	1	4
Produtividade	7			7
Relacionamento com a sociedade	1			1
Total Resultado	30	6	24	60

Fonte: Elaboração própria

Considerações finais

Procuramos realizar, a partir de uma breve apresentação, análise dos planos estratégicos nacionais e dos Relatórios das Metas Nacionais do CNJ, uma avaliação da atuação do CNJ na década de 2010. Não obstante a ausência de informações quanto às eventuais penalidades decorrentes do não cumprimento das Metas, imputadas aos magistrados, serventários ou tribunais, os resultados demonstraram que o órgão de controle alcançou resultados razoáveis na sua atuação.

Para Axt (2017), até o final de 2004, ano em que a Reforma do Judiciário foi aprovada, ninguém sabia exatamente quantos processos tramitavam nos tribunais brasileiros. A sociedade brasileira tinha se acostumado com a triste repetição dos retratos caóticos da Justiça, com o Judiciário sendo chamado de “caixa preta”.

Com a Reforma e os consequentes avanços no que diz respeito ao controle e transparência administrativa, podemos afirmar que o CNJ suscitou várias melhorias em termos de gestão do Judiciário. Certamente, há muito ainda por ser feito, mas é inegável que já se avançou bastante.

Referências

AXT, Gunter (Org.). **Memória do CNMP**: relatos de 12 anos de história. Brasília, DF, CNMP, 2017. 206 p.

CAVALCANTE, P. **Gestão Pública Contemporânea: do movimento gerencialista ao pós NPM**. Texto para Discussão (IPEA), v. 2319, p. 1-40, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 70, de 18 de Março de 2009**. Dispõe sobre o planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

_____. **Portaria nº 138, de 23 de agosto de 2013**. Institui Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário.

_____. **Portaria nº 114, de 06 de setembro de 2016**. Estabelece as diretrizes do processo participativo na formulação das metas nacionais do Poder Judiciário, nos termos da Resolução CNJ 221, de 10 de maio de 2016.

_____. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2019**. Brasília: CNJ, abril, 2020.

_____. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2018**. Brasília: CNJ, abril, 2019.

_____. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2017**. Brasília: CNJ, abril, 2018.

_____. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2016**. Brasília: CNJ, abril, 2017.

_____. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2015**. Brasília: CNJ, abril, 2016.

_____. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2014**. Brasília: CNJ, abril, 2015.

_____. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013**. Brasília: CNJ, junho, 2014.

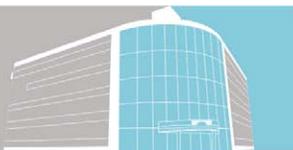
_____. **Relatório Final Metas de Nivelamento do Poder Judiciário 2009**. Brasília: CNJ, fevereiro, 2010.

_____. **Resolução nº 198, de 1º de julho de 2014**. Dispõe sobre o planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

_____. **Resolução nº 221, de 10 de maio de 2016**. Institui princípios de gestão participativa e democrática na elaboração das metas nacionais do Poder Judiciário e das políticas judiciárias do Conselho Nacional de Justiça.

RIBEIRO, Ludmila. **A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça**. Rev. Direito GV, São Paulo, v. 4 n. 2, p. 465-491, Dez. 2008.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estudos avançados, São Paulo, v.18, n.51, p.79-101, Agosto. 2004.



Breves considerações sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a atuação do Ministério Público

Brief Considerations about The National Solid Waste Policy and the Performance of the Public Prosecution Office

Breves Consideraciones Sobre La Política Nacional de Residuos Sólidos y El Desempeño de aa Fiscalización Pública

Angelita Messias Ramos¹

RESUMO

Este artigo apresenta breves considerações sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), criada a partir da promulgação da Lei Federal n.º 12.305/2010, que trouxe um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações a serem adotadas em relação ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Por meio de um estudo teórico-prático, de caráter bibliográfico sobre o papel específico dos Municípios na disposição ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos e as questões relativas aos aterros sanitários, o texto trata sobre as diversas obrigações estabelecidas para o poder público, o setor empresarial e a coletividade, bem como o papel do Ministério Público no cumprimento das diretrizes a serem adotadas na gestão dos referidos resíduos sólidos urbanos. As considerações finais apontam para a atuação colaborativa entre órgãos e instituições e para uma atuação resolutiva por parte do Ministério Público, com amplo envolvimento da sociedade.

¹ Bacharel em Direito e Administração. Especialista em Direito Público. Assessora de Procuradoria de Justiça..

Palavras-chave: *Política nacional; Resíduos sólidos; Lei federal 12.305/2010; Aterros sanitários.*

ABSTRACT

This article presents brief considerations on the National Solid Waste Policy (PNRS), created from the enactment of Federal Law No. 12,305/2010, which brought a set of principles, objectives, instruments, guidelines, goals and actions to be adopted in relation to the environmentally sound management of solid waste within the scope of the Union, States, Federal District and Municipalities. Through a theoretical and practical bibliographical study on the specific role of Municipalities in the environmentally adequate disposal of urban solid waste and issues related to landfills, the text deals with the various obligations established for the public power, the business sector and the community, as well as the role of the Public Ministry in complying with the guidelines to be adopted in the management of the referred urban solid waste. The final considerations point to the collaborative action between bodies and institutions and to a resolute action by the Public Ministry, with broad involvement of society.

Keywords: *National policy; Solid waste; Federal Law 12.305/2010; Sanitary landfills.*

RESUMEN

Este artículo presenta breves consideraciones sobre la Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), creada a partir de la promulgación de la Ley Federal No. 12.305 / 2010, que trajo un conjunto de principios, objetivos, instrumentos, lineamientos, metas y acciones a adoptar en relación con la gestión ambientalmente racional de los residuos sólidos en el ámbito de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios. A través de un estudio bibliográfico teórico y práctico sobre el papel específico de los Municipios en la disposición ambientalmente adecuada de residuos sólidos urbanos y temas relacionados con los rellenos sanitarios, el texto aborda las diversas obligaciones establecidas para el poder público, el sector empresarial y la comunidad, así como como el rol del Ministerio Público en el cumplimiento de los lineamientos a adoptar en el manejo de los referidos residuos sólidos urbanos. Las consideraciones finales apuntan a la acción colaborativa entre organismos e instituciones ya una acción decidida del Ministerio Público, con amplia implicación de la sociedad.

Palabras claves: *Policia Nacional; Residuo sólido; Ley Federal 12.305 / 2010; Rellenos sanitarios.*

Introdução

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), trazida por meio da Lei Federal n.º 12.305/2010, pode ser definida como um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações a serem adotadas pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com os Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares com o objetivo de fomentar a gestão integrada e o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Nesse ponto, há que se destacar que os Resíduos Sólidos Urbanos (RSU), comumente chamados de lixo urbano, são resultantes da atividade doméstica e comercial das cidades, de composição variada a depender da população, da situação socioeconômica e das condições e hábitos de vida de cada localidade.

O aterro sanitário é considerado uma das técnicas mais eficientes e seguras de realizar a correta destinação de rejeito, que por sua vez, é um tipo específico de resíduo sólido, qual seja, aquele resíduo que resta quando todas as possibilidades de reaproveitamento ou reciclagem já tiverem sido esgotadas e não houver solução final para o item ou parte dele.

Todavia, em que pese a determinação para que os resíduos sejam descartados nos aterros sanitários, o que se constata na realidade é que a grande maioria dos municípios brasileiros realizam o descarte inadequado dos resíduos acumulados de modo ambientalmente incorreto em áreas que formam verdadeiros lixões.

Assim, considerando o descarte indiscriminado desses produtos na natureza, que geralmente ocorrem sem a preocupação com reciclagem ou reaproveitamento e, o pior, não raro, são eliminados por meio de incineração, lançados nos cursos d'água ou enterrados, ocasionando severos danos ao meio ambiente e, ainda, o fato de que a PNRS trouxe importante determinação ao estabelecer um prazo legal para o encerramento dos lixões, o presente trabalho traz um breve apanhado sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e o papel do Ministério Público dentro desse cenário, passando pelas questões relacionadas ao papel dos municípios na disposição ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos,

bem como em relação à responsabilidade compartilhada na gestão desses resíduos.

1. Os resíduos sólidos urbanos e os aterros sanitários

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), criada pela Lei Federal n.º 12.205, de 02 de agosto de 2010, é um importante instrumento na busca de soluções para um dos mais graves problemas ambientais brasileiros, que é a destinação inadequada de resíduos sólidos.

Referida lei, além de trazer princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos para a correta gestão dos resíduos sólidos, também instituiu como medida essencial de proteção ao meio ambiente, a imprescindível substituição dos lixões a céu aberto por aterros sanitários.

Nesse sentido, importa esclarecer que o aterro sanitário consiste em uma obra de engenharia projetada sob critérios técnicos, com a finalidade de garantir a disposição adequada dos resíduos sólidos urbanos que não puderam ser reciclados, de modo a possibilitar que o descarte de tais resíduos não cause danos à saúde pública ou ao meio ambiente. É considerado como uma das técnicas mais eficientes e seguras para realizar a correta destinação de rejeitos.

Os resíduos sólidos urbanos (RSU), comumente chamados de lixo urbano, são resultantes da atividade doméstica e comercial das cidades, de composição variada a depender da população, da situação socioeconômica e das condições e hábitos de vida de cada localidade e que podem ser subdivididos em seis categorias: 1) matéria orgânica: restos de comida; 2) papel e papelão: caixas, embalagens, jornas e revistas; 3) plástico: garrafas e embalagens; 4) vidros: garrafas, copos e frascos; 5) metais: latas; e, 6) outros: roupas, eletrodomésticos, eletroeletrônicos.

Nos termos do artigo 3.º, inciso XVI, do PNRS, os resíduos sólidos são qualquer

(...) material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções

técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível (BRASIL, 2010).

Cumpra salientar que o Brasil, durante o ano de 2018, gerou 70 milhões de toneladas de resíduos sólidos urbanos, um aumento de 1% em relação ao ano anterior. Comparando com os países da América Latina, o Brasil é o campeão de geração de lixo, representando 40% do total gerado na região (541 mil toneladas/dia, segundo a ONU Meio Ambiente)².

Vale destacar a lição do mestre José Afonso da Silva (2002, p. 99):

[...] os resíduos, dejetos, rejeitos, mesmo os não perigosos, quando atirados ao solo ou lançados no subsolo sem as cautelas recomendadas pelas normas de proteção do ambiente, prejudicam a qualidade deste, a qualidade das águas, por sua penetração nos lençóis freáticos em consequência especialmente das chuvas que arrastam consigo para o interior da terra os elementos daninhos desses rejeitos [...] (SILVA, 2002, p. 99).

Por sua vez, os rejeitos ou dejetos são materiais que não possuem nenhuma possibilidade de reaproveitamento ou reciclagem, enquanto os resíduos correspondem a tudo aquilo que pode ser reutilizado ou reciclado, exigindo para isso, tão somente, que sejam separados de acordo com a sua composição para serem destinados à coleta seletiva ou compostagem.

Embora os termos resíduos sólidos, dejetos e rejeitos na maioria das vezes sejam empregados como sinônimos, o resíduo sólido é o termo genérico utilizado para designar qualquer matéria resultante da ação humana (doméstica, industrial, comercial, hospitalar, etc.), produzida em razão do consumo total do conteúdo da embalagem, do produto ter se tornado inservível pelo uso ou ter se tornado impróprio para o consumo em decorrência de um processo químico, biológico ou natural qualquer.

Esclarecida a questão relativa aos resíduos, temos o aterro sanitário, que é uma obra de engenharia projetada para realizar o correto descarte do lixo urbano e, segundo o modo como é construído ou operacionalizado, pode ser dividido em dois grupos: aterros convencionais e aterros em valas.

2 Dados que fazem parte do Panorama 2020 - Panorama dos Resíduos Sólidos, da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE). Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama>. Acesso em 29 nov. 2021.

O aterro convencional é aquele formado por camadas de resíduos compactados, que são sobrepostas acima do nível original do terreno, resultando em configurações típicas de escadas ou pirâmides. Por sua vez, o aterro em vala é aquele projetado para facilitar o aterramento dos resíduos e a formação de camadas por meio do preenchimento total de trincheiras, de modo a devolver ao terreno a sua topografia inicial.

Ao contrário do aterro, os lixões são locais onde são despejados resíduos sólidos diversos (orgânicos e inorgânicos) sem que haja o tratamento adequado do solo, ocasionando a poluição do ar (pela emissão de gás metano proveniente da decomposição dos resíduos orgânicos), do solo e dos lençóis freáticos (fonte subterrânea de água).

Como bem exposto por Milaré (2004), p. 188):

[...] o lixão é forma arcaica e prática condenável de disposição final, sendo os resíduos lançados ao solo em área tal destinada, sem qualquer estudo prévio, monitoramento ou tratamento. O impacto ambiental, nesses casos, geralmente consiste em contaminação do solo por chorume – líquido percolado oriundo da decomposição de matéria orgânica –, podendo atingir o lençol freático e cursos de água, e supressão de vegetação [...] (MILARÉ, 2004, p. 188).

Existem ainda os chamados aterros controlados, que não se confundem com os aterros sanitários, uma vez que o aterro controlado é tão somente um lixão melhorado, pois nele os resíduos são dispostos em um terreno sem impermeabilização ou com impermeabilização precária, que recebem um aterramento diário.

Todavia, como esses aterros controlados não recebem um tratamento adequado do terreno e os resíduos sólidos nele depositados possuem origens diversas, sendo dispostos sem qualquer critério, ao contrário do que ocorre nos aterros sanitários, onde existe o controle e monitoramento constante, tais aterros se mostram incompatíveis com a proteção ambiental exigida para a adequada disposição final dos resíduos sólidos.

Cabe ainda destacar que independentemente do tipo de aterro, a decomposição dos resíduos depositados gera como subprodutos o chorume e o biogás (metano), que exigem tratamentos para que não causem contaminação, notadamente porque o chorume, conhecido por lixiviado de aterro sanitário, é um efluente líquido e escuro, rico em matéria orgânica

e metais pesados, que na ausência de tratamento adequado, tem como consequência a geração de diversos impactos ambientais.

Em razão dessas especificidades, o projeto de um aterro sanitário deve prever a instalação de elementos para a captação, armazenamento e tratamento do chorume e do biogás, além de sistemas de impermeabilização superior e inferior, boa execução e monitoramento, sendo esses elementos fundamentais para que a obra seja considerada segura e ambientalmente correta.

Conforme Azevedo (s/d)³, um aterro sanitário adequado deve ter um sistema de drenagem das águas superficiais, que tem o objetivo de evitar a entrada de água de escoamento superficial no aterro; um sistema de impermeabilização de fundo e de laterais, que tem a função de proteger e impedir a infiltração do chorume no subsolo e nas águas subterrâneas; um sistema de drenagem de lixiviado, que permite coletar e conduzir o lixiviado para o seu devido local de tratamento; um sistema de drenagem de gases, que é um sistema composto por uma rede de drenagem adequada, capaz de evitar que os gases gerados pela decomposição dos resíduos escapem através dos meios porosos que constituem o subsolo do aterro sanitário; uma cobertura intermediária e final, que é o sistema de cobertura diário, realizado no final de cada jornada de trabalho, com a função de eliminar a proliferação de animais e vetores de doenças, diminuir as taxas de formação do lixiviado, reduzir a exalação dos odores e impedir a saída de biogás e, por fim, um sistema de tratamento de lixiviado, que por ser um composto que contém metais pesados e substâncias tóxicas, segundo a legislação ambiental, deve ser tratado adequadamente para que atenda os padrões estabelecidos.

Este tratamento, na maioria das vezes, demanda uma combinação de diferentes métodos, sendo mais comuns os tratamentos aeróbios ou anaeróbios (lodos ativados, lagoas, filtros biológicos) e os tratamentos por processos físico-químicos, que são a diluição, filtração, coagulação, floculação, precipitação, sedimentação, adsorção, troca iônica e oxidação química.

O chorume ainda pode ser encaminhado para as Estações de Tratamento de Esgoto (ETEs), desde que atendidas as condições especiais e

3 AZEVEDO, Julia. Aterro sanitário: o que é, impactos e soluções. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/aterro-sanitario/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

estas suportem a carga adicional representada pelo chorume sem prejudicar seu processo de tratamento.

Ainda que nem sempre os aterros sanitários funcionem de modo adequado, serão sempre uma opção melhor do que os lixões, notadamente porque o lixão é um modo totalmente incorreto e inadequado de dispor os resíduos sólidos urbanos sobre o solo, uma vez que não possui sistemas de impermeabilização, drenagem de lixiviado ou de gases, nem coberturas diárias do lixo, o que causa graves impactos à saúde pública e ao meio ambiente.

2. O papel dos Municípios na disposição ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos

O artigo 54, da PNRS estabelece que “a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no §1º do artigo 9.º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei” (BRASIL, 2010).

Todavia, passados mais de dez anos da promulgação de referida lei, tal dispositivo legal ainda não foi totalmente implantado, porquanto embora tenha restado estabelecido pela legislação que o fim dos lixões no Brasil se daria até o ano de 2014, quando todos os lixões brasileiros seriam substituídos por aterros sanitários devidamente instalados nos municípios, o que se verifica atualmente, é que o determinado pela PNRS ainda está muito longe de ser alcançado.

Dados estatísticos disponibilizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)⁴, indicam que o Brasil conta ainda com mais de 2.906 lixões espalhados em mais de 2.810 municípios e, embora o país tenha conseguido desativar 601 lixões⁵, o número de lixões que ainda está

4 IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Os que sobrevivem do lixo. 2013. Ano 10. Edição 77. 07.10.2013. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2941:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 01 dez. 2021.

5 País desativa 601 lixões e ainda restam mais de 2,6 mil em atividade. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/meio-ambiente-e-clima/2021/04/brasil-desativa-mais-de-600-lixoes-em-menos-de-um-ano>. Acesso em 30 nov. 2021.

em atividade é algo que impressiona e impacta a qualidade de vida de 77 milhões de brasileiros.

Segundo a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB), realizada em 2008 pelo IBGE, 50,8% dos municípios brasileiros possuem como destinação final de seus resíduos sólidos os lixões, 22,5% usam aterros controlados e 27,7% usam aterros sanitários, que ainda existem em número insuficiente para atender aos 5.570 municípios brasileiros⁶.

Sobre a coleta seletiva de materiais reciclados, o IPEA afirma que em 2008, o número de cidades com programas de coleta seletiva passou a ser de 994, ou seja, apenas 18% dos municípios brasileiros, sendo que a maioria está localizada no Sul e Sudeste do país.

Nesse sentido, há que se ressaltar que a obrigatoriedade de implantação de aterros sanitários em substituição aos lixões e aos aterros controlados deriva diretamente do artigo 3.º, inciso VII, da PNRS, que também define a expressão disposição final ambientalmente adequada como sendo a “distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos”.

Por sua vez, o artigo 9.º, §1º da mesma lei, determina que

poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental (BRASIL, 2010).

A própria lei também se encarregou por definir o que deve ser entendido por gestão integrada de resíduos sólidos, que é o conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável.

Segundo a legislação, coube ao Município realizar a gestão dos resíduos gerados em seu próprio território, conforme estabelecido no artigo 10 da referida lei, que especificou que

6 PNSB – Pesquisa Nacional de Saneamento Básico. IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/meio-ambiente/9073-pesquisa-nacional-de-saneamento-basico.html?=&t=o-que-e>. Acesso em 25 nov. 2021.

[...] incumbe ao Distrito Federal e aos Municípios a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios, sem prejuízo das competências de controle e fiscalização dos órgãos federais e estaduais do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), do SNVS (Sistema Nacional de Vigilância Sanitária) e do SUASA (Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária), bem como da responsabilidade do gerador pelo gerenciamento de resíduos, consoante o estabelecido nesta Lei (BRASIL, 2010).

Vale ainda destacar que a gestão a ser exercida pelo Município se diferencia em razão da natureza do resíduo, uma vez que os resíduos domiciliares e os de limpeza urbana, de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviço (equiparados aos domiciliares por lei municipal) são de responsabilidade direta do Município, enquanto que os resíduos de serviços de saúde, os agrossilvopastoris, os resíduos da construção civil, os resíduos de mineração e os gerados nos serviços de transporte são de responsabilidade do seu gerador, cabendo à municipalidade atuar tão somente como ente fiscalizador, ordenando o gerenciamento exercido pelos próprios geradores.

Ainda no âmbito municipal, a PNRS previu a edição de planos em todos os níveis governamentais e também pelos geradores de certos resíduos, destacando que em nível de Município, a existência de um plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos é um requisito fundamental para que os entes municipais consigam acesso a recursos da União ou daqueles recursos por ela controlados.

Cumpra também salientar que a PNRS estabeleceu como competência estadual a integração da organização, do planejamento e da execução das funções públicas de interesse comum relacionadas à gestão de resíduos sólidos nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

A mesma legislação ainda possibilita que os entes municipais, de modo voluntário, se reúnam em consórcios públicos, que serão priorizados no acesso a recursos federais, podendo ainda ser dispensados da elaboração do plano municipal, caso promovam a elaboração de plano intermunicipal para os municípios consorciados.

Ainda no campo da disposição ambientalmente adequada dos resíduos, a PNRS instituiu uma mudança paradigmática ao estabelecer que

referida disposição final somente ocorrerá após a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético, destinando aos aterros sanitários, tão somente, o rejeito derivado após os resíduos passarem por estas etapas.

De igual modo, a PNRS também estabeleceu que os resíduos de serviços de saúde, resíduos de construção civil, resíduos de abate, entre outros tipos, não poderão ser destinados aos aterros sanitários, o mesmo que restou determinado para o descarte de pilhas e baterias, de pneus, de embalagens de óleos lubrificantes, lâmpadas fluorescentes e produtos eletroeletrônicos.

A PNRS também serviu para a desmistificação de que apenas soluções tecnológicas exclusivas devem ser adotadas no uso dos aterros sanitários uma vez que evidenciou que o manejo dos resíduos deve passar por instrumentos simples e economicamente viáveis tais como a coleta seletiva, a compostagem, a logística reversa e acordos setoriais, medidas que muitas vezes, trazem um grande impacto positivo na gestão dos resíduos sólidos.

Vale lembrar que ao estabelecer um prazo final para o encerramento de todos os lixões, a PNRS visava por fim às tristes e condenáveis práticas que a disposição ambientalmente inadequada dos resíduos proporcionava, como o lançamento indevido dos resíduos, a queima a céu aberto, a utilização de rejeitos como alimentação, a catação inadequada e tão prejudicial à saúde e a residência na área de disposição final.

Uma outra forma de tratar a questão, visando minimizar os efeitos nefastos à saúde pública e ao meio ambiente, decorrente da disposição irregular de resíduos sólidos é a integração dos catadores de materiais recicláveis por meio do incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas de catadores.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que a emancipação econômica destes atores deve estar prevista nos planos nacional, estadual e municipal, de modo que os municípios que implantarem a coleta seletiva com a participação das cooperativas de catadores recebam como incentivo o privilégio de acesso aos recursos federais para as ações no setor.

3. A responsabilidade compartilhada na gestão dos resíduos sólidos segundo a PNRS

A PNRS trouxe como inovação o estabelecimento de obrigações diversas para o poder público, a iniciativa privada e o cidadão, tendo sido estabelecido pelo artigo 25 que “o poder público, o setor empresarial e a coletividade são responsáveis pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos e das diretrizes e demais determinações estabelecidas nesta Lei e em seu regulamento”.

Em uma rápida leitura, constata-se que tal política nacional tem como propósito fundamental estimular a coleta seletiva, a reciclagem e o reaproveitamento de tudo o que for possível, de modo que sejam destinados aos aterros sanitários, tão somente, os rejeitos.

O Brasil é signatário da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POP's)⁷, substâncias químicas que têm sido utilizadas como agrotóxicos, para fins industriais ou liberados de modo não intencional em atividades antropogênicas e que possuem características de alta persistência (não são facilmente degradadas), são capazes de ser transportadas por longas distâncias pelo ar, água e solo e de se acumularem em tecidos gordurosos dos organismos vivos, sendo toxicologicamente preocupantes para a saúde humana e o meio ambiente.

Mediante a publicação do Decreto n.º 5.472/20058, foi promulgado o texto da referida Convenção, que visa combater a emissão de poluentes orgânicos persistentes, incluindo em tais categorias as dioxinas emitidas por incineradores de resíduos sólidos urbanos, seja para qual fim, inclusive recuperação energética.

Tal Convenção ainda determina que os Países-Partes adotem medidas de controle relacionadas a todas as etapas do ciclo de vida - produção, importação, exportação, uso e destinação final – das substâncias POPs

⁷ O Brasil aprovou o texto da Convenção de Estocolmo por meio do Decreto Legislativo n.º 204, de 7 de maio de 2004, e promulgou o texto da Convenção em 2005, via Decreto n.º 5.472, de 20 de junho de 2005.

⁸ Decreto n.º 5.472/2005. Promulga o texto da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, adotada, naquela cidade, em 22 de maio de 2001. Disponível em: https://antigo.mma.gov.br/estruturas/smcq_seguranca/_arquivos/conveno_de_estocolmo_pops.pdf. Acesso em 01 dez. 2021.

listadas em seus Anexos. O Anexo D da Convenção traz os critérios para que uma substância seja classificada como Poluentes Orgânicos Persistentes (POP).

O artigo 9.º, *caput*, da Lei Federal n.º 12.305/2010, estabelece uma regra para a ordem de prioridade na gestão dos resíduos, segundo a qual se deve primar, em primeiro lugar, pela não geração dos resíduos, seguida da sua redução, reutilização e reciclagem, para depois optar pelo tratamento dos resíduos sólidos e, por fim, proceder à disposição final adequada dos rejeitos.

Conjuntamente com os princípios da precaução e da prevenção estabelecidos por referida lei, deve ser dada muita atenção aos demais princípios que foram trazidos pelo artigo 6.º, da PNRS, quais sejam:

I - a prevenção e a precaução;

II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor;

III - a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública;

IV - o desenvolvimento sustentável;

V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;

VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;

IX - o respeito às diversidades locais e regionais;

X - o direito da sociedade à informação e ao controle social;

XI - a razoabilidade e a proporcionalidade (BRASIL, 2010).

Por sua vez, o artigo 30º, da referida lei, estabeleceu a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, segundo a qual cada setor (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos) possui um papel específico nas várias etapas que envolvem a existência do produto, da produção até o seu descarte final.

Sob a ótica da Lei Federal n.º 12.305/2010, notadamente de seu artigo 51, esses setores deverão dispensar esforços integrados para planejar e executar os mandamentos da PNRS, sob pena da imposição de sanções cíveis, administrativas e criminais. De acordo com o o referido artigo:

Art. 51. Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta Lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial às fixadas na Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, e em seu regulamento (BRASIL, 2010).

Assim, à União coube elaborar e implementar o Plano Nacional, firmar acordos setoriais em âmbito nacional, manter o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão de Resíduos Sólidos e outras ações relacionadas à implantação da PNRS.

Aos Estados, coube elaborar e implementar o Plano Estadual, integrar a organização, planejamento e execução das ações relacionadas aos resíduos nas Regiões Metropolitanas, Microrregiões e Aglomerados Urbanos, fiscalizar os geradores sujeitos a licenciamento ambiental pelo órgão ambiental estadual, firmar acordos setoriais em âmbito estadual, alimentar o Sistema de Informações sobre a Gestão de Resíduos Sólidos e outras ações relacionadas à implantação da PNRS.

Por sua vez, aos Municípios coube a maior parte das ações previstas pela PNRS, cabendo promover a gestão integrada dos resíduos sólidos, organizar e prestar direta ou indiretamente os serviços de limpeza urbana e manejo de

9 Art. 30. É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nesta Seção.

resíduos sólidos, elaborar e implementar o Plano Municipal, instituir a coleta seletiva e a compostagem, dar disposição final ambientalmente adequada aos rejeitos, fomentar a organização das cooperativas de catadores, aprovar e fiscalizar os PGRS dos geradores, firmar acordos setoriais em âmbito municipal, alimentar o Sistema de Informações sobre a Gestão de Resíduos Sólidos e outras ações relacionadas à implantação da PNRS.

A PNRS também estabeleceu como responsabilidades dos geradores elaborar e implementar PGRS, firmar acordos setoriais para implantação da logística reversa e promover outras ações relacionadas ao atendimento da PNRS.

Por fim, trouxe como responsabilidades dos cidadãos acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados, disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução e outras ações relacionadas ao atendimento à PNRS.

Atualmente, no Brasil, uma das funções dos entes municipais consiste na coleta e disposição adequada do resíduo gerado por seus municípios. Todavia, embora exista uma clara definição de responsabilidades, União, Estados, Municípios, iniciativa privada e cidadãos não cumprem seu papel exato, vez que a maioria dos municípios brasileiros permanece sem uma gestão adequada dos resíduos, ao mesmo tempo em que o volume de lixo exposto a céu aberto cresce a cada dia, comprometendo gravemente o meio ambiente e a saúde das pessoas.

As razões para essa triste situação se assentam na escassez de recursos, nas deficiências administrativas e na falta de visão ambiental, sendo comuns os casos em que os descartes dos resíduos são realizados em locais inapropriados, provocando a degradação dos solos, a contaminação dos rios e lençóis freáticos, bem como a emissão de biogás, resultante da decomposição da matéria orgânica dos resíduos sólidos urbanos.

Embora já tenha se passado mais de uma década da promulgação da PNRS, a estimativa do Ministério do Meio Ambiente (MMA) é que 59% dos municípios brasileiros ainda façam a disposição de seus resíduos

em vazadouros a céu aberto ou aterros controlados (lixões com cobertura precária)¹⁰.

A PNRS trouxe, por meio do princípio da responsabilidade compartilhada, uma grande inovação, que foi o estabelecimento de obrigações diversas para o poder público, a iniciativa privada e também para o cidadão, superando a antiga visão de que todo o problema do manejo dos resíduos sólidos caberia apenas ao Município.

Todavia, a verdadeira gestão integrada dos resíduos sólidos só se estabelecerá quando houver o cumprimento de todas as obrigações previstas na PNRS, quando cada ente cumprir o seu papel, concretizando as ações relacionadas à gestão de forma a garantir que seja encaminhado aos aterros sanitários, ou outras destinações finais compatíveis com a legislação, o mínimo possível de rejeitos.

Por fim, cumpre destacar que a gestão integrada de resíduos sólidos deve ser iniciada por meio de um planejamento contemplando ações que deverão estar dispostas no Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos que, para ocorrer, depende inteiramente da iniciativa dos Municípios, cabendo, nesse ponto, uma enorme responsabilidade aos prefeitos, vez que uma gestão inadequada de resíduos sólidos atinge diretamente os recursos naturais municipais (recursos hídricos, flora, fauna), a qualidade de vida da população, a saúde pública, etc., repercutindo nos mais variados setores da gestão pública municipal.

4. O papel do Ministério Público na PNRS

A Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei Federal n.º 12.305/2010, estabelece em seu artigo 3.º, inciso VII, quais as diretrizes a serem adotadas para a gestão dos resíduos sólidos urbanos, determinando que devem ser observadas as normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança, bem como a minimizar os impactos ambientais adversos.

10 BATALHA, Elisa. Mesmo com sua extinção determinada por lei, lixões persistem como problema ambiental. Revista Ráis. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/mesmo-com-sua-extincao-determinada-por-lei-lixoes-persistem-como-problema-ambiental>. Acesso em 24 nov. 2021.

Por meio de diretrizes e princípios, referida legislação certamente representou um grande avanço e desafio para a solução de problemas ambientais oriundos da má disposição dos resíduos sólidos no Brasil.

A eliminação dos lixões do país, bem como a implantação de aterros sanitários em todos os municípios brasileiros, requer a atuação concreta de todos os setores envolvidos no processo do ciclo de vida dos produtos. Nesse sentido, não é demais salientar que a implantação da coleta seletiva sem que haja a devida participação social se mostra inviável.

A disposição de resíduos em aterros sanitários sem a realização de constantes monitoramentos e investimentos tecnológicos se mostra totalmente ineficaz, de igual modo, não há como se falar em geração, redução, reutilização e reciclagem de resíduos sólidos sem que haja a educação ambiental. Há que se dar a devida importância para a elaboração e aprovação dos planos estaduais e municipais de resíduos sólidos que priorizem ações e caminhem em direção ao cumprimento da meta de erradicação dos lixões no Brasil.

A atual legislação de resíduos sólidos é uma lei com metas para o presente e para o futuro, metas estas que devem estar entrelaçadas de modo a formar uma cadeia de ações voltadas ao alcance de um objetivo comum, que é a proteção do meio ambiente, tal como garantido pela Constituição Federal.

É exatamente nesse ponto, que o Ministério Público possui papel de destaque dentro da PNRS, cabendo à instituição fazer cumprir o direito assegurado a todos pelo artigo 225 da Constituição da República:

Art. 225. 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).

Uma vez que a PNRS possui alcance para além da esfera ambiental, abrangendo os campos social, econômico, tecnológico, cultural e de saúde pública, a atuação do membro do Ministério Público para o enfrentamento do problema dos resíduos sólidos deve se pautar na busca pela manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservado para as presentes e futuras gerações.

Ante a fiel observância dos preceitos legais, a atuação ministerial deve ser sempre no sentido de servir como órgão de fiscalização, integração, fomento e acompanhamento da concretização dos direitos fundamentais, uma vez que compete a esta instituição promover a transformação positiva da realidade social, verdadeira garantia da sociedade na luta pela concretização de seus direitos e princípios mais caros, em consonância com o estabelecido nos artigos 127 e 129¹¹, da Constituição da República.

Considerando a unidade e a independência dos Membros do Ministério Público, seguindo as orientações trazidas pelo Guia de Atuação Ministerial – Encerramento dos lixões e a inclusão social e produtiva das catadoras e catadores de materiais recicláveis, elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Ação Nacional em Defesa dos Direitos Fundamentais¹², uma medida inicial sugerida para a atuação do *Parquet* em relação à PNRS é a instauração de procedimentos investigatórios ou inquéritos civis públicos em face dos Municípios que ainda mantenham lixões ou que descartem os seus resíduos sólidos em locais

¹¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

¹² CNMP – Coleção Guia de Atuação Ministerial e Ação Nacional em defesa dos Direitos Fundamentais. Brasília: CNMP, 2014. 70 p.

inapropriados e inadequados.

Nesse aspecto, vale realizar um diagnóstico prévio da situação atual, bem como a inspeção in loco dos lixões, entrevistando possíveis catadores, bem como possíveis moradores próximos a estes locais, de modo a verificar a presença de crianças e adolescentes, mediante a inspeção ou informações encaminhadas por outros órgãos, como Secretaria de Meio Ambiente, Conselho Tutelar, Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, órgãos ambientais, dentre outros.

Ainda sob o campo das averiguações, cabe fazer a verificação e identificação de possíveis catadores que trabalham no lixão e a existência de moradias permanentes de catadores ou outros moradores nessa área do lixão, de modo a possibilitar a futura ação junto ao Município, que deverá garantir a essas famílias o acesso prioritário aos programas governamentais de assistência social.

Cabe ao Promotor de Justiça verificar, acaso sejam encontrados catadores no lixão, se estes estão cadastrados no Cadastro Único (CadÚnico) e, caso negativo, que seja determinado à Secretaria de Assistência Social que providencie tal cadastramento, valendo ressaltar que existe um campo próprio e específico no Cadastro Único para que seja feita a identificação dos catadores, os quais serão priorizados e podem receber, de forma concomitante, vários benefícios assistenciais do Governo Federal, independentemente da renda.

Cabe ainda realizar ações para a verificação e/ou identificação da presença de “atravessador” ou “gato” (pessoas que exploram o trabalho de catadores, adquirindo o material coletado no lixão a preço vil), e caso estes sejam encontrados, exigir que o Município fiscalize os locais em que tais atravessadores armazenam seus materiais, verificando a legalidade da atividade por eles desenvolvida e, se for o caso, promovendo a interdição de tais locais.

Há que se apurar a existência ou não, do plano municipal de gerenciamento de resíduos sólidos. Nesse caso, vale verificar se existe ao menos um plano, ainda que esteja defasado em relação às determinações da Lei 12.305/2010, e caso seja constatada sua existência, basta que o Município proceda às adaptações necessárias, conforme as exigências da

PNRS, ou em caso de inexistência, há que buscar meios para fomentar o Município a elaborar o plano municipal como providência urgente e imediata.

Ainda no campo das apurações, cumpre verificar se os planos municipais já existentes contemplam ações obrigatórias relacionadas ao diagnóstico dos resíduos, à contratação de associações e cooperativas de catadores, à implantação de coleta seletiva, programas de compostagem, destinação dos resíduos inertes. Também são requisitos obrigatórios que os planos municipais contemplem ações ligadas à educação ambiental, encerramento dos lixões, recuperação da área degradada, etc.

Uma observação importante relacionada a essas apurações ligadas aos planos municipais consiste na aferição de que tais planos foram devidamente publicizados, sendo de extrema importância a realização de audiências públicas, imprescindíveis à garantia do controle social.

Cumpre também verificar a existência de diagnóstico sobre a situação social dos catadores e suas famílias, e se estão sem documentação pessoal, se existe alguma situação específica que impede o acesso a programas sociais, entre outras questões pontuais, a depender de cada localidade. Em não existindo o diagnóstico, o Promotor de Justiça deverá determinar a sua realização, bem deverá determinar que sejam providenciados todos os documentos pessoais necessários à regularização individual de cada catador e sua família.

É necessário verificar se há alguma organização dos catadores por meio de associações ou cooperativas, e se a respectiva documentação se encontra regularizada (atas, estatuto, controle fiscal e financeiro, etc.). Se os catadores estiverem em situação de informalidade, inorganizados ou com qualquer outro tipo de impedimento, cabe determinar ao Município que dê assessoria técnica e social de modo a ajudá-los no processo de organização.

Nesse aspecto, cabe salientar que o Ministério Público brasileiro, como guardião da lei e defensor da sociedade, deve exigir dos Municípios não apenas o encerramento dos lixões, incluídos os aterros controlados, mas, também, deverá garantir que esse encerramento ocorra concomitantemente com a inclusão social e produtiva dos catadores de materiais recicláveis,

conforme o estabelecido pelo artigo 15, inciso V e artigo 17, inciso V13 da referida Lei Federal n.º 12.305/2010.

Importante ressaltar que os serviços de limpeza pública, dentre os quais se destacam os serviços de coleta do lixo, são trabalhos extremamente dispendiosos aos cofres públicos, em especial quando são prestados por empresas terceirizadas, visto que são poucas as empresas prestadoras de serviços de coleta que atuam hoje no mercado.

Um exemplo é a cidade de Palmas, capital do Estado do Tocantins, que no ano de 2020 firmou uma contratação emergencial para realizar a limpeza urbana da cidade, tendo sido publicado no Diário Oficial do Município que o valor pactuado girava em torno de pouco mais de R\$ 17,5 milhões pelo prazo de 180 dias¹⁴

Considerando essa informação e o fato de que a PNRS estabeleceu que o gerenciamento dos resíduos sólidos deve ser feito de modo integrado e compartilhado, é de se concluir que os Municípios, visando atender a todos os requisitos obrigatórios impostos pela legislação, estão obrigados a promover a contratação das associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis em todas as etapas da gestão, notadamente porque um dos objetivos da PNRS é exatamente a “integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos”.

Ainda que nas cidades tocantinenses, em que atualmente 11

13 Art. 15. A União elaborará, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos, tendo como conteúdo mínimo:

(...);

V - metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

Art. 17. O plano estadual de resíduos sólidos será elaborado para vigência por prazo indeterminado, abrangendo todo o território do Estado, com horizonte de atuação de 20 (vinte) anos e revisões a cada 4 (quatro) anos, e tendo como conteúdo mínimo:

(...);

V - metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

14 G1 TOCANTINS. Prefeitura fecha contrato milionário sem licitação para empresa realizar limpeza urbana de Palmas. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2020/11/19/prefeitura-fecha-contrato-milionario-sem-licitacao-para-empresa-realizar-limpeza-urbana-de-palmas.ghtml>. Acesso em 24 nov. 2021.

municípios encaminham seus resíduos para aterros sanitários licenciados, segundo dados extraídos do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins¹⁵ a figura dos catadores de materiais recicláveis não seja tão presente como nas grandes capitais do país, há que se salientar que para que sejam cumpridos os objetivos traçados pela PNRS, o município deve promover não apenas ações assistencialistas e pontuais de apoio às associações e cooperativas de catadores, mas essencialmente integrá-las, efetivamente, na gestão compartilhada, situação que somente será alcançada quando as organizações de catadores estiverem plenamente dotadas de todos os recursos materiais e humanos necessários, cujas garantias são de responsabilidades do município.

Sob esse aspecto, importante questão a permear todos os trabalhos e ações dos Membros do Ministério Público no tocante à PNRS é que sua atuação deve ser sempre no sentido de preservar o meio ambiente sustentável, juntamente com o fiel cumprimento da lei, sem descuidar de preservar e dignificar a atividade do catador de material reciclável, de modo a garantir que esses indivíduos possam permanecer realizando a mesma atividade, todavia, em contexto em que estejam organizados coletivamente para poderem atuar em condições de segurança e dignidade.

O *Parquet* deverá verificar se há ou não contratação e remuneração às associações e cooperativas pelos serviços prestados ao Município, conforme disciplina o artigo 24, inciso XVII¹⁶, da Lei Federal n.º 8666/93, já que a simples entrega do resíduo reciclável não pode ser considerado como pagamento dos serviços prestados, notadamente porque a contratação é feita por meio de dispensa de licitação e deve ser feita pelo prazo de cinco anos.

Cumpra também observar a existência de campanhas permanentes relacionadas à educação ambiental, formal e não formal, bem como se a campanha é avaliada quanto à sua qualidade e alcance, cabendo estabelecer

¹⁵ TOCANTINS – TCE. Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia. Processo 14373/2019. Relatório de Levantamento n.º 1/2021-CAENG. Disponível em: https://www.tce.to.gov.br/sistemas_scp/blank_visualiza_doc_novo/blank_visualiza_doc_novo.php?IdDocLer=128753. Acesso em 30 nov. 2021

¹⁶ Art. 24. É dispensável a licitação:

(...);

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços.

metas gradativas para os resíduos recicláveis e para os resíduos orgânicos, até o alcance de 100% do total desses resíduos.

Também se faz necessário certificar-se sobre a existência de análise gravimétrica e volumétrica (composição e volume) prévia e periódica dos resíduos para avaliação da qualidade da separação dos resíduos, bem como a eficiência da campanha de educação ambiental e, na inexistência dessas campanhas educacionais, trabalhar no sentido de que estas venham a ser criadas e efetivamente implementadas em cada município.

Outra questão a ser observada é a existência de local apropriado para os catadores realizarem suas atividades e, acaso este não exista, deve ser exigido do Município que este adote medidas imediatas para que os catadores, já organizados, tenham espaços próprios de armazenamento do material e todos os equipamentos para a realização da atividade, desde a coleta até a comercialização.

Cabe ainda verificar a existência de local apropriado para que sejam realizadas as atividades relativas à compostagem e, se não houver local específico para essa atividade, que o Município seja compelido a providenciar local adequado para que todos os resíduos orgânicos sejam submetidos ao processo de compostagem, tal como preconizado pela legislação.

Também deve ser considerada a existência de veículos apropriados (tais como caminhões) para a realização da coleta seletiva e, se não houver, que seja determinado ao município que providencie aos catadores, tantos caminhões quantos sejam necessários para a coleta dos recicláveis e dos orgânicos.

Como é possível observar, o escopo de trabalho relativo às determinações da PNRS é muito amplo, cabendo ao Promotor de Justiça estabelecer os critérios necessários para melhor apuração das questões relacionadas à destinação adequada dos resíduos sólidos, de modo que cada questão possa ser trabalhada de forma individualizada e detalhada.

É possível identificar o índice de analfabetos ou analfabetos funcionais dentre os catadores, bem como a deficiência na formação profissional individual, de modo a determinar ao município a inclusão dos catadores em programas de alfabetização, elevação de escolaridade e

qualificação profissional na área de atividade (reciclagem).

Também é possível averiguar a existência de separação dos resíduos no âmbito interno das entidades públicas municipais e se os resíduos recicláveis são entregues às associações e cooperativas. Nesse caso, não existindo nenhum programa ou estudo sobre isso, cabe determinar ao Município que institua esse tipo separação seletiva e que o resíduo reciclável seja entregue aos catadores, de modo que o próprio órgão de gestão municipal sirva de exemplo aos munícipes.

No rol das possibilidades de atuação, importante verificar, ainda, a existência de acompanhamento da saúde das famílias que sobrevivem da coleta de lixo, de modo a determinar ao Município que realize a avaliação integral da saúde dos catadores e de suas famílias, de modo a desenvolver ações pontuais para esses indivíduos.

Tão importante quanto os apontamentos acima, faz-se necessário verificar a existência de atividades para as crianças e adolescentes no período de recesso escolar, ocasião em que há um elevado aumento da exploração do trabalho de crianças e adolescentes e, acaso inexista esse tipo de atividade na municipalidade, que seja determinada ao Município a promoção de atividades para este período, incluindo o atendimento em centros de educação infantil, observando também a existência de vagas suficientes para atendimento dos filhos dos catadores nos centros de educação infantil, nas escolas, em programas de contra turnos e nos períodos de recesso escolar ou programas de profissionalização aos adolescentes e, se não houver, determinar ao município que providencie as vagas necessárias a esses infantes.

A existência de separação dos resíduos nos empreendimentos comerciais, industriais e outros instalados no município também é fundamental. Caso não se identifique este tipo de separação, o Ministério Público deve determinar ao Município, como maneira de fomentar essa separação, que institua a exigência mediante vinculação à manutenção e renovação do Alvará de Localização e Funcionamento de cada estabelecimento.

Cumpra ainda constatar se existe a coleta de óleo de cozinha usado. Caso não haja, que o Município seja determinado a iniciar um programa de coleta de

óleo de cozinha usado, a ser executado pelas associações e cooperativas, que poderão se beneficiar de sua comercialização ou utilização como biodiesel.

Nesse sentido, também será possível averiguar se existe fiscalização nos depósitos que comercializam recicláveis e se há exploração de catadores e crianças, observando se são mantidas em condições indignas de trabalho, notadamente porque tais depósitos devem ser rigorosamente fiscalizados pelo Município e, não havendo regularização de suas atividades, devem ser imediatamente interditados.

Também cabe verificar se os órgãos públicos federais cumprem o estabelecido no Decreto Presidencial n.º 5940/2006, que instituiu a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis e, em não o fazendo, instaurar procedimentos para que passem a cumpri-lo.

Nesse ponto, cumpre salientar que por meio de atuações específicas, será possível a instauração de procedimentos em face dos órgãos federais, caso estes não estejam cumprindo o Decreto n.º 5.940/06, ou ainda em face das empresas e outros empreendimentos que não cumprem a sua cota de responsabilidade na gestão dos resíduos.

Ante a complexidade que permeia o assunto e o novo papel assumido pelo Ministério Público, como grande articulador social da ampliação do diálogo com os atores sociais envolvidos na temática da PNRS, faz-se necessário buscar parcerias com os demais entes públicos, os entes privados e a sociedade civil, destacando-se entres estes, os demais ramos do Ministério Público, como o Ministério Público do Trabalho, que detém atribuição no combate ao trabalho infantil e promoção do trabalho decente; o Ministério Público Estadual, para atuação conjunta, através dos Centros de Apoio à Criança e ao Adolescente, Centro de Apoio ao Meio Ambiente e outros identificados com a temática; o Ministério Público Federal, para uma atuação conjunta através da Procuradoria de Defesa do Cidadão e outros também identificados com a temática; o Ministério Público de Contas, para atuação conjunta, em especial para garantir

a regularidade nos contratos de prestação de serviços que serão firmados com as associações e cooperativas de catadores.

Outro grande colaborador a ser chamado para atuar em conjunto é o Tribunal de Contas do Estado (ou do Município, onde houver), uma vez que este colabora com os encaminhamentos relativos ao orçamento público, quanto ao investimento, execução e prestação de contas da utilização dos recursos públicos, orienta os Municípios na contratação por meio de dispensa de licitação de associações e cooperativas, delibera normativa que pode facilitar a execução do plano municipal de gestão compartilhada dos resíduos sólidos, dentre outras medidas.

De igual modo, os demais órgãos públicos federais, que colaboram e indicam atividades a serem realizadas, apresentam resultados da Comissão de Coleta Seletiva Solidária prevista no Decreto 5940/2006, realizam seminários sobre o tema, etc.; os órgãos públicos estaduais e municipais, que podem aderir ao programa de coleta seletiva solidária, nos mesmos termos dos órgãos públicos federais; a sociedade civil organizada, por meio de organizações não governamentais ambientais, sociais, educacionais, etc.; os representantes das associações e das cooperativas de catadores; os representantes locais do Movimento Nacional das Catadoras e dos Catadores de Materiais Recicláveis, entre outros atores, a depender de cada municipalidade.

Vale lembrar que a articulação de um espaço permanente para a promoção do debate público pode e deverá ocorrer no âmbito do Fórum Lixo e Cidadania, já instalado ou a se instalar, como também nos Comitês Estaduais do Programa Pró-Catador, caso existam.

Por fim, vale destacar que a adequação espontânea da conduta deverá ser fomentada por meio da sugestão de encaminhamento de notificação recomendatória aos Municípios, aos órgãos públicos federais e empresas, bem como a realização de reuniões, audiências públicas, audiências administrativas com os gestores públicos, oitiva dos catadores para verificação das necessidades, etc., a depender das particularidades existentes em cada município.

Além destas, acaso não seja possível a resolução do problema pela via da articulação e debates, sempre restará ao Promotor de Justiça o caminho da judicialização mediante a interposição de Ação Civil Pública contra Municípios, órgãos públicos federais e empresas, a Ação de Execução de TAC e a Ação de Improbidade Administrativa.

Considerações finais

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), trazida por meio da Lei Federal n.º 12.305/2010, pode ser definida como um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações a serem adotadas pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com os Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares com o objetivo de fomentar a gestão integrada e o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Nos dias atuais, é facilmente identificável o descarte inadequado de grande parte dos resíduos sólidos urbanos, produtos que contaminam a natureza, duramente vitimada pelas ações humanas praticadas sem quaisquer preocupações com o meio ambiente que restará para as gerações futuras.

Uma disposição inadequada dos resíduos sólidos, muitas vezes feita por meio de lixões a céu aberto, ocasiona severos danos ao meio ambiente, situação que a PNRS buscou combater.

Todavia, passados mais de 10 anos de sua promulgação, a destinação correta dos rejeitos ainda não é uma realidade em grande parte do país, onde se convive com práticas inadequadas de disposição de resíduos, que desprezam os benefícios da reciclagem ou reaproveitamento, realizando condutas como a incineração inadequada ou o lançamento inapropriado de resíduos em cursos d'água ou enterrados em locais não apropriados para tal finalidade, ocasionando severos danos ao meio ambiente.

Há que se ressaltar que a solução para tais problemas, necessariamente, deve passar pelo encerramento dos lixões, tal como fora preconizado pela legislação, com a sua conseqüente substituição pelos aterros sanitários, que são os locais adequados ao descarte dos resíduos sólidos urbanos rejeitados.

Nesse contexto, o papel dos Municípios na disposição ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos se mostra fundamental para o

cumprimento das diretrizes legais traçadas pela PNRS, assim como a responsabilidade compartilhada na gestão das diversas obrigações criadas para o poder público, a iniciativa privada e o cidadão.

Por sua vez, as normas operacionais específicas criadas pela PNRS para se evitar ou minimizar os danos ou os riscos à saúde pública e à segurança, bem como para minimizar os impactos ambientais adversos devem ser cumpridas, tendo-se em vista que a atual legislação de resíduos sólidos é uma lei com metas para o presente e para o futuro.

Exatamente nesse ponto, restou destinado ao Ministério Público um papel de destaque dentro da PNRS, uma vez que compete a este órgão fazer cumprir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, a ser defendido e preservado para as presentes e futuras gerações.

Dentro desse papel, abriu-se um leque de questões a serem trabalhadas e observadas pelo *Parquet*, cumprindo a esta instituição atentar para os inúmeros pontos imprescindíveis ao enfrentamento do problema dos resíduos sólidos urbanos, que deve ser trabalhado juntamente com a busca pela manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, considerando a independência funcional inerente a cada Membro do Ministério Público, as questões relacionadas à PNRS podem ser iniciadas pela realização de um diagnóstico prévio sobre a situação atual de cada município, ou por meio de inspeção *in loco* nos lixões e/ou aterros sanitários ou ainda por meio de entrevistas com possíveis catadores de materiais recicláveis e/ou outros atores envolvidos nas questões relacionadas à gestão dos resíduos sólidos, passando por inúmeras outras formas de atuação permitidas pela legislação, cabendo ao Promotor de Justiça pautar sua atuação em relação à PNRS, com vistas à preservação do meio ambiente sustentável e prezando pelo fiel cumprimento da lei.

Referências

ABRELPE - Panorama 2020 - **Panorama dos Resíduos Sólidos, da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE)**. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama>. Acesso em: 29 nov. 2021.

AZEVEDO, Julia. **Aterro sanitário: o que é, impactos e soluções.** Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/aterro-sanitario/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BATALHA, Elisa. **Mesmo com sua extinção determinada por lei, lixões persistem como problema ambiental.** Revista Rais. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/mesmo-com-sua-extincao-determinada-por-lei-lixoes-persistem-como-problema-ambiental>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs)**. Decreto Legislativo n.º 204, de 7 de maio de 2004 e promulgou o texto da Convenção em 2005, via o Decreto n.º 5.472, de 20 de junho de 2005.

BRASIL. **Decreto n.º 5.472/2005**. Promulga o texto da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, adotada, naquela cidade, em 22 de maio de 2001.

BRASIL. **Decreto n.º 5.940/2006**. Institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5940.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo n.º 204/2004**. Aprova o texto da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, adotada, naquela cidade, em 22 de maio de 2001.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 12.305, de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e dá outras providências. Brasília, 2010.

CNMP - **Guia de atuação ministerial: encerramento dos licões e Inclusão social e produtiva de catadoras e catadores de materiais recicláveis** / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2014.

G1 TOCANTINS. **Prefeitura fecha contrato milionário sem licitação para empresa realizar limpeza urbana de Palmas.** Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2020/11/19/prefeitura-fecha-contrato-milionario-sem-licitacao-para-empresa-realizar-limpeza-urbana-de-palmas.ghtml>. Acesso em: 24 nov. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico.** Rio de Janeiro, 2008.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Os que sobrevivem do lixo.** 2013. Ano 10. Edição 77. 07.10.2013. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2941:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 01 dez. 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: Doutrina – Jurisprudência – Glossário.** 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 4.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TOCANTINS – TCE. Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia. **Processo 14373/2019.** Relatório de Levantamento n.º 1/2021-CAENG. Disponível em: https://www.tce.to.gov.br/sistemas_scp/blank_visualiza_doc_novo/blank_visualiza_doc_novo.php?IdDocLer=128753. Acesso em: 30 nov. 2021.



Contratação de artistas por inexigibilidade de licitação: cautelas e pressupostos legais

Hiring Artists due to Bidding not Enforceable:
Precautions and Legal Assumptions

Contratación de Artistas por Licitación no
Ejecutiva: Precauciones y Supuestos Legales

Roberto Freitas Garcia¹

RESUMO

O artigo enfatiza a importância de se conhecer, em profundidade, os requisitos e pressupostos legais e constitucionais que permitem a contratação direta de artistas, mediante processo de inexigibilidade de licitação, em conformidade com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, tendo por objetivo primordial prevenir a ocorrência de danos ao erário, e, secundariamente, buscar a responsabilização dos gestores que descumprirem as regras postas para a contratação direta.

Palavras-chave: *Licitação; Inexigibilidade; Setor Artístico.*

ABSTRACT

The article emphasizes the importance of knowing, in depth, the legal and constitutional requirements and the assumptions that allow the direct hiring of artists, through a non-mandatory bidding process, in accordance with

¹ Promotor de Justiça no Estado do Tocantins e especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Tocantins (Esmat).

the doctrinal and jurisprudential understanding, with the main objective to prevent damage to the treasury and, secondly, to seek the responsibility of managers who do not comply with the standards established for direct hiring.

Keywords: *Bidding; Unenforceability; Artistic Sector.*

RESUMEN

El artículo enfatiza la importancia de conocer, en profundidad, los requisitos legales y constitucionales y los supuestos que permiten la contratación directa de artistas, a través de un proceso de licitación no obligatoria, de acuerdo con el entendimiento doctrinal y jurisprudencial, con el objetivo principal de prevenir el daños a la tesorería y, en segundo lugar, buscar la responsabilidad de los gerentes que no cumplan con las normas establecidas para la contratación directa.

Palabras clave: Licitación; Ineforzabilidad; Sector Artístico.

Introdução

O país do carnaval é o nome do primeiro romance de Jorge Amado, referindo-se ao Brasil, e talvez o seja mesmo, pois os nativos deste país são mundialmente conhecidos por serem acolhedores, felizes e festivos, costumam marcar presença, aos milhares, além daquela festa pagã, também em outras datas e eventos comemorativos, como Réveillon, festas juninas, festas de rodeios e shows em praças, comumente patrocinados com dinheiro público, notadamente oriundo das Prefeituras Municipais.

Na hora da festa, “tudo são flores”, muitos foliões não estão interessados em saber a origem dos recursos que viabilizaram a realização do evento, nem tampouco como serão aplicados, alguns sequer se importarão com eventual ocorrência de superfaturamento de preços ou fraude, consoante já advertiu Salazar (2015, p. 97):

Ninguém quer saber a origem dos recursos ou como eles foram aplicados. Ninguém vai denunciar no programa policial de rádio ou televisão a má aplicação dos recursos públicos em uma festa na cidade. Pouco importa se houve superfaturamento dos serviços contratados, causando prejuízo ao erário, ou mesmo enriquecimento ilícito dos empresários artísticos, ou ainda violações aos princípios da administração pública. As pessoas querem mais é assistir show de graça!

Mas por se tratar de dinheiro público, a prestação de contas é dever indeclinável do gestor, mormente perante os Tribunais de Contas, que cumprindo seu mister constitucional, não têm olvidado de responsabilizar os malversadores do erário, consoante se verifica do Acórdão exarado nos autos da Representação nº 951934, da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, in verbis:

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE SHOWS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE DE EMPRESÁRIO CONTRATADO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇOS NOS PROCESSOS DE INEXIGIBILIDADE. PAGAMENTO ANTECIPADO DAS DESPESAS DECORRENTES DOS PROCEDIMENTOS DE INEXIGIBILIDADE EM ANÁLISE. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA AO PREFEITO MUNICIPAL À ÉPOCA.1) Conforme decisão proferida na Denúncia n. 838396, apreciada na Sessão da 2ª Câmara do dia 31/10/2013, o Tribunal diferenciou o empresário exclusivo do mero intermediário, que é aquele que agencia eventos em datas específicas. Para configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso III do art. 25 da Lei de Licitações, a contratação deve se dar diretamente com o artista ou com seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista de forma permanente. 2) Nas contratações por inexigibilidade de licitação, o art. 26, parágrafo único, da Lei n. 8666/93 determina que os processos sejam instruídos com a justificativa do preço contratado. 3) A liquidação de despesa em data anterior à prestação do serviço, bem como o pagamento antecipado caracteriza violação aos arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/64; assim sendo, os contratos firmados deveriam conter cláusulas que fizessem referência a essas despesas, bem como, a forma em que ocorreria o pagamento, de acordo com as necessidades da Administração Pública.

Objetivando prevenir responsabilidades administrativas e judiciais, facilmente evitáveis, e poupar os escassos recursos públicos desta nação, propõe este estudo focar os requisitos legais que permitem a contratação direta de artistas, por meio de processo de inexigibilidade de licitação e sua interpretação à luz da doutrina e jurisprudência.

1. Da obrigatoriedade de licitação

O ordenamento jurídico pátrio determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, competindo ao gestor escolher a proposta mais vantajosa ao interesse público, segundo a regra preconizada no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Discorrendo sobre o assunto, Filho (2012, p. 60 e 62) ensina que:

A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Portanto, a maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração Pública (...). O Estado dispõe de recursos limitados para custeio de suas atividades e realização de investimentos. Portanto a vantagem para o Estado se configura com a solução que assegure os maiores benefícios para a aplicação de seus recursos econômicos financeiros. O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. A economicidade é o resultado da comparação entre os encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do Estado o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economia exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor. Em princípio, a economicidade se retrata no menor preço pago pelo Estado ou no maior lance por ele recebido, conforme a natureza da contratação.

No mesmo sentido é o magistério de Silva (1992, p. 573):

O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regras, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a administração pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público

2. Da inexigibilidade de licitação com fincas no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993

Ocorre que nem sempre a competição se afigurará possível, prevendo a Lei nº 8.666/1993 hipóteses de inexigibilidade de licitação, sendo uma

delas a contratação de artistas profissionais, de qualquer segmento (música, artes cênicas, plástica, etc.), desde que consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública. Neste particular, confira-se o seguinte dispositivo legal:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

III – para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Na hipótese em referência, a inviabilidade de competição decorre da singularidade e subjetividade que caracteriza o trabalho dos artistas, características estas que os tornam únicos no segmento profissional em que atuam, pois “(...) no tocante aos serviços artísticos, a singularidade reside na própria natureza do serviço, que é prestado, de modo independente da figura do artista, com percepção pessoal, subjetiva, em resumo, singular.” (NIEBUHR, 2008, p. 131).

É prática antiga o poder público oferecer espetáculos aos cidadãos, estando imortalizada na conhecida expressão “pão e circo” (*panem et circenses*), que remonta à praxe romana de agradar a população, um estratagema subliminar para mantê-la fiel à ordem estabelecida e alheia aos desmandos dos imperadores.

Malgrado alguns governantes tenham feito (e ainda fazem) mau uso do dinheiro público com o entretenimento do povo, forçoso reconhecer que o direito à cultura, no Brasil, goza de status constitucional, sendo obrigação do Estado garantir a todos o seu pleno exercício, consoante entendimento expresso no art. 215 da Constituição Federal. Nessa senda, mostra-se relevante a importância de se conhecer, em profundidade, as regras infraconstitucionais que regulamentam a contratação de shows e espetáculos artísticos pela administração pública, em especial a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

Doravante, passemos a dissecar a inexigibilidade de licitação de que trata o art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.

Impende destacar, inicialmente, que o gestor público não poderá contratar artistas como bem lhe aprouver, sua atuação é balizada sob o império da lei, que exige que a contratação seja documentada através de procedimento formal de inexigibilidade.

Assim, a contratação de profissional de qualquer setor artístico demandará contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo, ademais, o artista deverá ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Impõe-se, também, a observância do art. 26 da mesma lei, que preleciona:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentre de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço;
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Inobstante ser inexigível o processo de licitação, a lei impõe ao administrador formalidades mínimas para a escolha do contratado, que serão documentadas nos autos de um processo de inexigibilidade.

Sobreleva anotar que, em acréscimo aos requisitos do art. 25 da Lei de Licitações, o art. 26 deste diploma exige a publicação, na imprensa oficial, da inexigibilidade, da razão da escolha do fornecedor ou executante e da justificativa do preço, formalidade esta voltada ao controle social e fiscalização pelos órgãos de controle, com o propósito de obstar dano ao erário em decorrência de eventual superfaturamento de preços.

Mas o erário não restará devidamente protegido se os órgãos de controle, dentre os quais o Ministério Público e o Tribunal de Contas, se apegarem apenas ao exame da legalidade estrita. Estes devem ir além, voltando sua atenção para os aspectos de legitimidade e economicidade, nos termos preconizados pelo art. 70 da Constituição Federal e arts. 25 e 26 da Lei de Licitações.

A legitimidade das despesas será adequadamente aferida se devidamente ponderados os direitos fundamentais catalogados na Carta Magna.

Nesse particular, é notório perceber que a discricionariedade do administrador se viu deveras diminuída, uma vez que a Constituição Federal, inobstante imponha ao Estado o dever de promover a cultura, elegeu as políticas públicas prioritárias, sendo estas as despesas com saúde e educação, e essa constatação avulta dos artigos 212 e 216, § 6º, tendo em vista que, na dicção do art. 212, observa-se imposição aos entes federados no aspecto da vinculação de parcela da arrecadação tributária, ao passo que o art. 216, § 6º, faculta a vinculação da reportada receita.

E a Constituição Federal dá mais um passo importante ao prever, no art. 167, inciso IV, uma exceção à regra da impossibilidade de vinculação da receita proveniente de impostos, nos casos de repasses destinados à saúde e à educação.

Em comentário à referida exceção, Oliveira (2010, p. 287/288) acentua que:

Na sequência, o constituinte originário efetuou a primeira decisão sobre o valor que deveria pairar sobre os demais: estabeleceu no art. 212 da CF o dever da União aplicar nunca menos de dezoito por cento (18%) e os Estados, Municípios e o Distrito Federal, vinte e cinco por cento (25%), no mínimo, 'da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Logo, o valor maior encampado pelo constituinte originário foi o do ensino. Privilegiou-o inequivocamente com a maior dotação orçamentária e estabeleceu exceção ao princípio da não vinculação orçamentária (...).

Em arremate, o mesmo autor assevera:

Na sequência, o constituinte derivado, por força da EC n. 29/2000, assegurou recursos específicos às ações e serviços públicos de saúde (art. 198). O § 2º do art. 198 estabelece a forma de vinculação de recursos a tais ações e serviços. Abriu-se nova exceção ao princípio da não vinculação de impostos (inciso IV do art. 167 da CF). A segunda opção do constituinte foi destinada às ações e serviços de saúde. Elencou, pois, dois direitos que entende serem essenciais, quais sejam: educação e saúde. Dois valores a que deu relevância constitucional.

Nota-se, a toda evidência, que a Constituição Federal, em juízo de ponderação, fez clarividente opção pelos direitos fundamentais à saúde e a educação, em face do também constitucional direito à cultura, e em abordagem específica a este tema, discorreremos sobre certos parâmetros de conformidade na contratação de artistas para a realização de shows e eventos, à luz da Lei de Licitações.

Inicialmente, competirá ao ente público entabular avença com o próprio contratado, a fim de se evitar oneração demasiada do erário com eventual intermediário, que somente será aceito na qualidade de empresário exclusivo, é dizer, o que representa o artista de modo estável e duradouro, não permitindo a lei que o vínculo se circunscreva a uma singela autorização para se apresentar numa dada ocasião ou por curtos períodos. Nesse sentido caminha a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), nos termos do Acórdão nº 1.435/2017 (Plenário), *in verbis*:

9.2.1. a apresentação apenas de **autorização/atesto/carta de exclusividade** que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o (s) dia (s) correspondente (s) à apresentação deste, sendo ainda restrita à localidade do evento, **não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993**, representando impropriedade na execução do convênio;

9.2.2. do mesmo modo, contrariam o sobredito dispositivo legal as situações de contrato de exclusividade — entre o artista/banda e o empresário — apresentado sem registro em cartório, bem como de não apresentação, pelo conveniente, do próprio contrato de exclusividade;

9.2.3. tais situações, no entanto, podem não ensejar, por si sós, o julgamento pela irregularidade das contas tampouco a condenação em débito do (s) responsável (is), **a partir das circunstâncias inerentes a cada caso concreto**, uma vez que a existência de dano aos cofres

públicos, a ser comprovada mediante instauração da devida tomada de contas especial, tende a se evidenciar em cada caso, entre outras questões, quando:

9.2.3.1. houver indícios de inexecução do evento objeto do convênio; ou

9.2.3.2. não for possível comprovar o nexo de causalidade, ou seja, **que os pagamentos tenham sido recebidos pelo artista ou por seu representante devidamente habilitado**, seja detentor de contrato de exclusividade, portador de instrumento de procuração ou carta de exclusividade, devidamente registrados em cartório.

No mesmo norte decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, confira-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA- RECURSO INTERPOSTO PELOS HERDEIROS DO RÉU – PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – **CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS POR INTERMÉDIO DE PESSOA JURÍDICA – EXCLUSIVIDADE NÃO DEMONSTRADA O ILEGALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE POLÍTICO NÃO DEMONSTRADO – PREJUÍZO AO ERÁRIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS – MULTA CIVIL E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CONDUTA TIPIFICADA NOS ART. 9º E 10 – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO COL. STJ – EXTENSÃO DOS EFEITOS AO LITISCONSORTE – POSSIBILIDADE – ART. 1005 DO CPC/2015 – MANUTENÇÃO DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO – LIMITAÇÃO DO PRAZO A 03 (TRÊS) ANOS – ART. 12, INCISO III DA LEI FEDERAL Nº 8429/92 – RECURSO PROVIDO. **1. A Lei Federal nº 8.666/93, em seu art. 25, inciso III, reconhece a inexigibilidade do procedimento licitatório para contratação de artistas, autorizando a intermediação por empresário, desde que possua exclusividade para representar os músicos contratados. 2 – Exsurge ilegal, no entanto, a instauração de procedimento de inexigibilidade de licitação para contratação de artistas, por intermédio de pessoa jurídica, notadamente quando não demonstrado nos autos a exclusividade para representar os músicos contratados. 3 – Em que pese a****

irregularidade do procedimento de inexigibilidade de licitação instaurado pelo ex-Prefeito Municipal, contrariando o disposto no art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92, não restou comprovado nos autos que o agente político auferido enriquecimento ilícito, tampouco que sua conduta tenha resultado em prejuízo ao erário, tendo em vista que incontroverso que os serviços foram efetivamente prestados. 4 – Conforme entendimento consolidado do col. Superior Tribunal de Justiça “a multa civil é transmissível aos herdeiros, “até o limite do valor da herança”, somente quando houver violação aos arts. 9º e 10 da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível a transmissão quando a condenação se restringir ao art. 11” (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). 5- Não comprovado o enriquecimento ilícito do agente político ou que sua conduta tenha resultado em prejuízo ao erário, não se encontram presentes, em relação ao ex-Prefeito Municipal, nenhuma das condutas tipificadas no art. 9º e 10 da Lei Federal nº 8.429/92, inviabilizando, assim, a transmissão da multa civil aos herdeiros na esteira do entendimento consolidado do col. STJ. 6 – O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, na forma do art. 1005 do CPC/2015, razão pela qual não comprovado o prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito decorrente da contratação, deve ser afastada a aplicação das penalidades de multa civil e ressarcimento ao erário, também em relação ao particular contratado. 7 – Havendo, no entanto, vulneração aos princípios da administração em razão da irregularidade no procedimento de contratação, justifica-se a manutenção da proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 03 (três) anos, na forma do art. 12, inciso III da Lei Federal nº 8.429/92. 8 – Recurso provido (TJ-MG – AC: 10133120039275001 MG, Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 01/09/0019, Data de Publicação: 13/09/2019) (Grifo nosso).

No que diz respeito à consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública, é lícito concluir que se trata de requisitos alternativos, sendo possível, na prática, a contratação de profissional que, não obstante idolatrado pelo público, tenha sido reprovado por respeitáveis personalidades da crítica especializada, ou vice-versa. Advirta-se, contudo, que será irregular a contratação de um profissional do setor artístico que, desafortunadamente, não tiver “caído nas graças do povo” e tampouco sido aprovado pelos críticos especializados.

Trata-se de requisito legal cujo controle é deveras complicado, tendo em vista que tais expressões, por sua imprecisão semântica, são classificadas como termos jurídicos indeterminados, que carregam em si certa dose de subjetivismo.

Antes, porém, de analisarmos a consagração do artista, necessário se fará demonstrar, nos autos do processo de inexigibilidade, que se trata de um profissional, em razão disso, não poderá ser contratada qualquer pessoa ou alguém que esporadicamente exerce atividade no campo das artes.

Assim, não se afigura lícito ao Poder Público a contratação de um amador, ainda que, subjetivamente, na opinião de muitos, ostente notável talento. É que no mundo jurídico o talento, isoladamente considerado, não se mostra suficiente para justificar uma contratação realizada com recursos públicos. A legislação exige que a contratação direta seja realizada com um profissional, que deverá comprovar o seu registro junto à Delegacia Regional do Trabalho ou mediante a apresentação de documento idôneo que comprove sua inscrição no órgão de classe dos artistas.

Neste particular, coube à Lei nº 6.533/1978 e ao Decreto nº 82.385/1978, em seus artigos 7º, 8º e 9º, definir como podem os artistas e técnicos atuar no mercado de espetáculos de diversão e obter o registro profissional. Temos aqui, portanto, um requisito objetivo, facilmente sindicável, e que não poderá ser desconsiderado pelo ente público.

Filho (2007, p. 236) assim se posicionou acerca da consagração do artista:

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração.

Na mesma trilha é a lição de Fernandes (p. 726):

Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública.

O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão-de-obra, constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação

A despeito da fluidez da expressão “consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública”, revela-se factível identificar, diante de situações concretas, as denominadas *zonas de certeza positiva e de certeza negativa*, objetivando aferir o real alcance daquelas expressões. De fato, não há dúvidas de que, por exemplo, o cantor Roberto Carlos é consagrado no Brasil e, também, em diversos outros países. Aqui estamos diante da *zona de certeza positiva* e sua contratação direta estaria autorizada.

Diversamente ocorreria em relação a um cantor principiante, que realizou meia dúzia de apresentações em eventos modestos, aqui se afigurando a *zona de certeza negativa* que impossibilitaria a sua contratação por inexigibilidade de licitação.

Questão um tanto controversa, pela falta de previsão legal, diz respeito à dimensão geográfica (se local, regional ou nacional) da expressão “crítica especializada” ou à opinião pública”. Sobre o assunto, assim leciona Gasparini (1995, p. 323):

Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresários, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública.

Importante anotar, ainda, que tendo em vista estarmos a tratar de hipótese especial de inexigibilidade de licitação, dada a inviabilidade de competição entre profissionais do setor artístico (considerado o fato de que tal atividade reflete emanção direta da personalidade e da criatividade humana), forçoso é convir que a avença efetivada entre o profissional e

o ente público, objetivando apresentação em um evento popular, terá a natureza jurídica de obrigação de fazer *intuitu personae*, implicando isso na obrigatoriedade do próprio artista em executar o espetáculo. Posto isso, não se admitirá a subcontratação do contrato administrativo, à exceção de aspecto acessório deste, a exemplo de um membro da banda (baterista, guitarrista, pianista, etc) que, por haver adoecido na véspera do espetáculo, se viu substituído por outro instrumentista.

A consagração do artista não notório carece ser sobejamente comprovada nos autos do processo de inexigibilidade, a exemplo da juntada de recortes de jornais e revistas, mídias eletrônicas extraídas da internet e de cópias de contratos pretéritos para apresentação em eventos importantes. De igual modo, poderá a consagração do profissional ser aferível levando-se em conta o número de vendas de discos, CD'S, DVD's, baixa de *downloads* e outros expedientes comprobatórios de consumo de suas obras artísticas. É viável, também, a análise do número de shows e ingressos vendidos, a quantidade de seguidores e fãs identificados em redes sociais, a existência de fã-clubes, dentre outras evidências de aclamação do artista pelo grande público.

Mesmo que adotadas tais cautelas, não estaremos a salvo da ocorrência de situações peculiares, situadas em uma zona de penumbra ou incerteza, onde a consagração do artista restará reconhecida por algumas pessoas e por outras, não. Em casos desse jaez, quando o subjetivismo preponderar, o melhor a se fazer será não judicializar a questão sob este aspecto.

Outro requisito legal que deve ser tratado com especial atenção, previsto nos artigos 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, ambos da Lei de Licitações, diz respeito à necessidade de justificativa do preço. Neste ponto, o gestor público terá como parâmetro os valores cobrados em shows anteriores pelo próprio profissional que se pretende contratar e não os valores praticados no mercado por outros artistas do segmento (tendo em vista não haver critérios objetivos para aferir a melhor proposta para a Administração Pública em razão da incomparabilidade qualitativa dos profissionais do setor artístico).

“O preço está ligado ao artista, à prestação de serviços que este desempenha, sua consagração, seja pela crítica especializada, ou ainda

pela opinião pública, e qual o grau de sua consagração, sendo esta local, regional, nacional ou internacionalmente reconhecida” (CABRAL NETO, 2009, p. 77).

Destarte, deverá o gestor efetuar as pesquisas necessárias, buscando amearhar cópias de notas fiscais e contratos de shows anteriores do profissional, propositando saber se o valor oferecido se encontra dentro da média aritmética dos preços praticados nos últimos eventos.

Nesse sentido, confira-se o Acórdão nº 822/05 (Plenário) do TCU, *in verbis*:

Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contratava para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº. 8.666/1993.

Nem sempre, contudo, poderá o gestor se basear apenas na matemática (visando obter a média aritmética dos preços cobrados pelo artista em eventos pretéritos), outras variáveis deverão ser consideradas, a exemplo da época em que o profissional fará a sua apresentação e os custos logísticos do evento.

Nesse contexto, a título de ilustração, é aceitável que uma dada banda, quando contratada para tocar no Carnaval (data festiva em que os artistas são mais disputados), cobre um cachê superior ao que costuma praticar em períodos normais, em razão da “lei da oferta e da procura”, que ordinariamente regula o mercado.

Ademais, não há dúvidas de que a logística do espetáculo exercerá forte influência no preço final. Nesse aspecto, as atenções se voltarão para a distância entre o domicílio do artista e a localidade em que se dará a apresentação, facilidade de acesso a esta, custo do transporte, da hospedagem do artista ou banda e até mesmo a proximidade em relação à cidade seguinte onde os artistas irão se apresentar. Sobre esta última circunstância, é costumeiro notar que prefeitos de municípios próximos entre si se reúnam para negociar uma agenda de shows com um determinado artista, programada para uma mesma semana, com o desiderato de reduzir as despesas logísticas do evento.

Considerações finais

Ao término deste estudo, constata-se que, a despeito de a contratação direta de artistas, por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, tratar-se de tema melindroso, é perfeitamente possível, desde que devidamente documentada em processo específico, no bojo do qual competirá ao gestor comprovar preliminarmente que o ente público, ao tempo da realização do espetáculo, se desincumbiu de executar minimamente sua receita na seara da saúde e da educação conforme determinado na Constituição Federal.

Além disso, caberá ao administrador público carrear aos autos cópias de contratos firmados pelo artista ou por meio de seu empresário exclusivo e de documentos que comprovem a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública (salvo se notória); a razão da escolha do fornecedor (artista); a justificativa do preço, baseado na média de valores dos contratos pretéritos e, por fim, dando-se a devida publicidade oficial do processo de inexigibilidade de licitação.

Ressalta-se que o desatendimento de tais requisitos e pressupostos, a depender da envergadura das inconformidades legais detectadas, poderá ensejar a nulidade do contrato, sem embargo da imposição de eventuais sanções cabíveis à espécie (a exemplo de multa e imputação de débitos pelo Tribunal de Contas e sanções pela prática de ato de improbidade administrativa, com esteio na Lei nº 8.429/92, pelo Poder Judiciário).

Referências

AMADO, Jorge. **O país do Carnaval**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CABRAL NETO, Adolfo Cirino. **Inexigibilidade de licitação: Contratação de Artistas**. Leme/SP: Cronus, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**, 6ª. ed. Fórum, 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

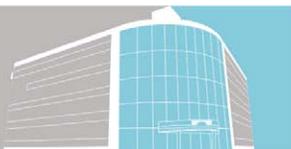
GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SALAZAR, Leonardo Santos. **Música Ltda. O negócio da música para empreendedores**. 2ª. ed. Recife: Sebrae-PE, 2015.



O impacto dos marketplaces digitais na responsabilidade civil

The Impact of Digital Marketplaces on Civil Liability

El Impacto de Los Mercados Digitales en la Responsabilidad Civil

Vico Barbosa Cosson¹

Vinicius Pinheiro Marques²

RESUMO

A introdução do E-commerce à sociedade ocorre a cada instante, dado que com o tempo, muitas lojas e empresas enxergam no meio virtual alternativas para obtenção de lucros e vendas. O Direito, por sua vez, não pode se eximir frente ao avanço das tecnologias e raciocínios sociais. Nessa esteira, as práticas realizadas dentro de ambientes digitais merecem atenção jurídica, já que são representações tecnológicas de atos praticados no ambiente material. O Superior Tribunal de Justiça, em seu sítio eletrônico, apresenta 09 (nove) decisões monocráticas que versam acerca da matéria de *Marketplaces*. Dentre elas, algumas revelam como o Direito deve abarcar o caso concreto e responsabilizar os agentes digitais. Este artigo objetiva compreender o tipo de responsabilidade civil de tais ambientes, o limite dessa responsabilização e como prová-la, diante de situações de danos sofridos por alguma das partes. Para isso, utiliza-se o método empírico, aliado a pesquisa bibliográfica de doutrina, artigos científicos e monografias.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). E-mail: vicosson@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins. Advogado. E-mail: viniciusmarques@uft.edu.br.

As considerações finais apontam para a responsabilidade objetiva, solidária e contratual das empresas, sendo sua atuação adstrita, inclusive, aos contratos, o que determinará ações passíveis de responsabilização, que podem ser comprovadas em Juízo, por meio da junção do caso concreto, dos parâmetros legais e da análise do contrato do *Marketplace* em questão.

Palavras-chave: *Direito Civil; Direito do Consumidor; Responsabilidade Civil; Marketplace; STJ.*

ABSTRACT

The introduction of E-commerce to society occurs at every moment, given that over time, many stores and companies see alternatives in the virtual environment for obtaining profits and sales. The Law, in turn, cannot exempt itself from the advancement of technologies and social reasoning. In this way, the practices carried out within digital environments deserve legal attention, as they are technological representations of acts performed in the material environment. The Superior Court of Justice, on its website, presents 09 (nine) monocratic decisions that deal with the matter of Marketplaces. Among them, some reveal how the Law should encompass the concrete case and hold digital agents accountable. This article aims to understand the type of civil liability in such environments, the limit of this liability and how to prove it, in situations of damage suffered by any of the parties. For this, the empirical method is used, combined with bibliographical research on doctrine, scientific articles and monographs. The final considerations point to the objective, joint and several liability of the companies, and their performance is also related to the contracts, which will determine actions *subject to liability*, which can be proven in Court, by joining the concrete case, the parameters and the analysis of the relevant *Marketplace* contract.

Keywords: *Civil right; Consumer Law; Civil responsibility; ; STJ.*

RESUMEN

La introducción del comercio electrónico a la sociedad se da en todo momento, dado que con el tiempo, muchas tiendas y empresas ven en el entorno virtual alternativas para la obtención de beneficios y ventas. La Ley, a su vez, no puede eximirse del avance de las tecnologías y del razonamiento social. De esta forma, las prácticas realizadas dentro de los entornos digitales merecen atención legal, ya que son representaciones tecnológicas de actos realizados en el entorno material. La Corte Superior de Justicia, en su sitio

web, presenta 09 (nueve) decisiones monocráticas que tratan el tema de los Mercados. Entre ellos, algunos revelan cómo la Ley debe abarcar el caso concreto y responsabilizar a los agentes digitales. Este artículo tiene como objetivo comprender el tipo de responsabilidad civil en dichos entornos, el límite de esta responsabilidad y cómo demostrarlo, en situaciones de daño sufrido por alguna de las partes. Para ello se utiliza el método empírico, combinado con la investigación bibliográfica sobre doctrina, artículos científicos y monografías. Las consideraciones finales apuntan a la responsabilidad objetiva, solidaria de las empresas, y su ejecución también está relacionada con los contratos, los cuales determinarán las acciones sujetas a responsabilidad, las cuales podrán ser probadas en los tribunales, uniendo el caso concreto, los parámetros y el análisis del contrato de correspondiente.

Palabras clave: *Derecho Civil; Ley del consumidor; Responsabilidad civil; Mercado; STJ.*

Introdução

Com o avanço das tecnologias modernas e com a evolução do universo cibernético, o Direito encontra-se inconsútil a todo este cenário, sendo iminentemente requisitado para atuação jurisdicional no universo digital, o qual já é tão abrangente e comum a sociedade.

Assim, com a popularização digital, surgiram os *Marketplaces*. Inevitável era a busca por lucros e consumo de empresas e lojas também no meio tecnológico, logo as mesmas adentraram no ramo para tal fim.

Um *Marketplace* não é apenas um site de uma loja que comercializa seus produtos, mas, na verdade, uma plataforma de vendas e compras, em que são cadastrados inúmeros produtos por diversas pessoas, até mesmo lojas físicas. Nesse sentido, temos os mais conhecidos, Mercado Livre, AliExpress, Shopee e afins.

Já a responsabilidade civil, ancorada pela legislação e interpretação dos tribunais superiores, tem função essencial no sentido de dirimir conflitos, responsabilizar o causador de danos, seja por atos ou excesso, bem como indenizar, amenizar aquele que sofreu para com o prejuízo.

Diante disso, tem-se como problemática a ser compreendida a responsabilidade civil arcada por uma plataforma digital que, de fato, interliga pessoas com o condão de realizar negócios jurídicos. As análises se dão à luz interpretativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça, que tem buscado pacificar entendimentos jurisprudenciais e estabilizar a resolução de lides.

A importância do presente estudo encontra guarida na busca pela compreensão e análise dos entendimentos jurídicos estampados pelo Superior Tribunal de Justiça, afim de verificar qual a classificação, os limites e como comprovar a responsabilidade dos *Marketplaces* digitais, que tanto adentram e influenciam o cotidiano da sociedade.

Utiliza-se o método empírico, dado que visualiza, descreve e mesmo avalia a atuação do Direito no cenário da sociedade em geral, no que tange ao uso dos meios digitais em compras nos *Marketplaces* e a aplicação da responsabilidade civil em tais atos. Para tanto, o estudo é desenvolvido principalmente através dos julgamentos monocráticos proferidos pelo Tribunal Cidadão em casos concretos, além de pesquisas bibliográficas e em doutrinas, com enfoque em artigos científicos atrelados ao problema e demais conteúdos digitais.

O objetivo geral traçado é o de verificar como a interpretação do Superior Tribunal de Justiça classifica e entende a responsabilidade civil dos *Marketplaces* digitais, investigando-se as mais recentes decisões proferidas pelo Tribunal em tela. Para tanto esse estudo busca: classificar a responsabilidade civil das plataformas digitais, se objetiva, subjetiva ou nenhuma das alternativas; limitar a responsabilidade dos *Marketplaces*, dentro de suas atividades praticadas com os usuários, à vista da relação entre tais sujeitos; e, por consequência, como comprovar judicialmente esta responsabilidade.

O capítulo primário versa diretamente da responsabilização da plataforma digital, de como o STJ analisa e julga, atualmente, tal instituto privado. Como se entende que os atos dentro de um ambiente virtual para negócios, podem gerar danos e, com isso, responsabilizar algum sujeito da relação jurídica estabelecida.

Em sequência, a segunda secção averigua os limites dos atos do *Marketplace*, isto é, se tais personalidades podem ser embutidas pelo fenômeno da responsabilidade, quais são, portanto, os atos praticados que podem levar a empresa que mantém um ambiente comercial digital a reparar danos.

Por último, a terceira secção submerge na comprovação e uso de meios jurídicos para alçar provas em casos concretos já julgados, dado que nas decisões do STJ, ocorre a avaliação de alegações e apontamentos feitos por partes autoras e réis, na pretensão de concretude de um direito pleiteado, ante a caracterização ou descaracterização da responsabilidade civil.

Dentro deste contexto, este trabalho procura trazer uma contribuição na área do Direito Civil moderno, haja vista a incidência crassa do conteúdo civil nos ditames digitais que tanto permeiam a vida comum atualmente, sobretudo em quesito de negócios jurídicos e comunhão de vontades.

1.A responsabilidade civil dos marketplaces

A responsabilidade civil é estampada, em regime legal privado, à luz do artigo 186 a 188 do Código Civil/2002. Para além disso, seus efeitos podem ser encontrados a partir do artigo 927 do mesmo diploma privado.

Essa responsabilidade, às letras de Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2019), é em verdade uma obrigação derivada, ou seja, é um dever que sucede um ato praticado, dever este de assumir os prejuízos ocasionados pelo ato praticado.

Em geral o sistema brasileiro é dualístico, adotando a responsabilização tanto subjetiva, que tem como um de seus requisitos principais, a presença da culpa, quanto a objetiva, que prescinde de culpa, bastando que o ato praticado, advindo nexos causal, resulte em dano, predominante no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Com a evolução comum dos meios digitais, surgiram os *Marketplaces*, os quais são plataformas dentro do comércio eletrônico aptas a recepcionarem inúmeros vendedores, com o fim de fazer trocas comerciais e ter acesso a conteúdos diversos (PEREIRA, 2001). Não demorou muito para que o surgimento de tais personalidades fosse discutida no âmbito jurídico,

chegando até ao Superior Tribunal de Justiça, gerando interpretações e julgados sobre esses ambientes de vendas virtuais.

No ano de 2020, foi lançado o REsp 1.552.080, de relatoria da Ministra Isabel Gallotti, proveniente do estado do Goiás. Na respectiva decisão monocrática, discute-se de maneira clara e plausível, através da comparação entre leilões e *Marketplaces*, o conceito e a responsabilidade desses ambientes virtuais.

Impende destacar no respectivo julgado que, os leiloeiros atuam com poder absoluto de controle de transações, são verdadeiros intermediários que realizam registros, análises e identificações de vendedores e compradores relacionados ao negócio jurídico ali praticado.

Diante disso, a atividade de leilão resvala na Lei 8.078/90, mais especificamente no conceito de serviço, destacado pelo art. 3º da mencionada lei. Da mesma forma, em similaridade, atuam também os *Marketplaces*, mas em vias totalmente digitais. Devido a isso, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é admirável ao abarcar não somente o fornecedor digital que presta serviço ou vende produtos, mas também, o intermediário do comércio eletrônico.

Nessa esteira, os *Marketplaces*, aos olhos do STJ, são classificados como aqueles que disponibilizam seus recursos digitais para que terceiros os utilizem para eles próprios oferecerem bens e serviços. Todo negócio conta com a contraprestação de pagamento de taxas, daquilo que se vende, ou por valor fixo de percentual já estipulado, em favor da plataforma.

A partir desta determinação, é de certa maneira pacificado pelo STJ que a matéria consumerista não pode ser afastada das relações ocorridas dentro de recintos digitais geridos pelos *Marketplaces*. Ora, em ato contínuo, é de se assentar que o CDC, principalmente em seus artigos que tangenciam os conceitos de vício e fato de produto ou serviço, cumulados com o art. 3º do mesmo Código, leva-se à responsabilidade objetiva.

Não obstante, mesmo no que pese ao Código Civil, o art. 927, parágrafo único, deixa clara a atuação da responsabilidade civil objetiva, logo ausente de comprovação de culpa, em casos de atuações que envolvam o risco de atividade praticado por alguém aos direitos de outrem.

A fim de esclarecimento, a *teoria do risco da atividade*, conforme demonstrado por Tartuce (2018), tem um dos exemplos mais visíveis, justamente, nos meios digitais, sendo responsabilizada a empresa que é proprietária e mantém o sítio digital.

A *teoria do risco da atividade* foi inclusive objeto da I *Jornada de Direito Civil* do Conselho de Justiça Federal (CJF), no Enunciado de nº 38, tamanha sua aplicabilidade no universo jurídico, o qual segue:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (Enunciado nº 38, da I Jornada de Direito Civil do CJF)

Em decorrência disso, ainda com guarida em Flávio Tartuce (2018), os ambientes digitais são enquadrados como locais de potencial risco de geração de danos a direitos, sobretudo a direitos de personalidade, englobados pela parte geral do CC/2002.

Por ato contínuo, a decisão monocrática do REsp 1.552.080 também assimila o negócio jurídico do leilão às práticas do *Marketplace*, em especial pelo fato do caso concreto em análise tratar-se de leilão dentro de *Marketplace*. Desta feita, o STJ revela que existem vias distintas de tratar-se as relações digitais dentro dos *Marketplaces*.

É verificado que para discorrer casos que envolvam estas plataformas, ou mesmo os leilões digitais, é de suma importância ter determinada noção dos sujeitos envolvidos na relação. O julgado demonstra a situação de negócios jurídicos realizados entre “consumidor-consumidor” e cenários em que são feitas as negociações em ambientes “organizados”.

O primeiro quadro, é aquele em que um consumidor/pessoa natural utiliza suas ferramentas e vias digitais pessoais para a prática dos negócios jurídicos. Adentram, por exemplo, os e-mails, páginas pessoais, aqui entendem-se também as redes sociais como Instagram, Facebook e afins, ferramentas pessoais estas, então, utilizadas para a troca comercial.

O segundo quadro é da prática de negócios jurídicos mediante uma plataforma organizada, dentro de um sítio da internet próprio para tais

negócios e que conta com a participação de algum fornecedor. O STJ, ao avaliar a condição de leiloeiro, leia-se intermediador, em meio digital (*Marketplace*) frisa a incidência do CDC, bem como afirma o entendimento do Juízo de piso do caso material em questão, isto é, que o intermediador do negócio jurídico deve responder de maneira solidária pelos prejuízos e danos causados a terceiros.

Insta salientar, que o instrumento decisório em vista anuncia também acerca da *teoria finalista mitigada*, esta que já foi alvo de repercussão jurídica, e que também o mesmo Superior Tribunal fincou a sua adoção, juntamente com a teoria finalista para os casos consumeristas.

Ocorre que, para a utilização da *finalista mitigada*, leva-se em conta que a pessoa jurídica tratada deve comprovar sua qualidade de vulnerável, mesmo que esteja fora dos conceitos de fornecedor e de destinatário final de produto ou serviço.

Ao verificar a cadeia de consumo que é formada, no tocante aos contratos e negócios realizados por *Marketplaces*, inegável a influência e participação destas personalidades na relação que se finda com o consumidor final. Como já avaliado e exposto, o respectivo ambiente digital funciona como um intermediário que cadastra e resguarda os vendedores e participantes de seu sítio eletrônico.

Esta participação na cadeia de consumo é asseverada, ainda, pelo fato que o consumidor que passa a frequentar o sítio eletrônico, salvo casos de má-fé, investe sua confiança de que aquele local é seguro, apto para celebrações contratuais, afinal é próprio para isso. Outrossim, cediço é que, os *Marketplaces* ainda podem gerir danos aos que aderem ao seu ambiente, mesmo diante da confiabilidade e vontade contratual da parte aderente.

Diante disso, por derradeiro uso do CDC aos casos envolvendo os *Marketplaces* digitais, como delineado pelo STJ, a matéria da responsabilidade civil encontra amparo nos vícios e fatos dos produtos e serviços comercializados dentro dos sítios eletrônicos.

Portanto, se um consumidor faz uso de uma plataforma *Marketplace*, certamente é porque confia em todas as informações constantes do site. Por outro lado, se houver defeitos nos produtos ou na prestação de serviços ali expostos, claramente o shopping virtual torna-se corresponsável por eventuais danos, isso porque, inegável é o vício

da qualidade do serviço prestado pelo site, o qual controla o cadastro de seus anunciantes e as políticas de utilização de seus serviços (BUSSAB; GALLI, 2018, p. 17)

Veja-se, que a depender do contexto fático, há possibilidade de insurgir tanto o vício, quanto o fato do produto. Isto se deve a um detalhe em especial, que é resguardado pelo art. 49 do Código de Defesa do Consumidor; isto é, a compra feita fora do estabelecimento comercial, a qual ganha o contorno do direito de arrependimento, sob prazo de 7 dias a contar do recebimento do produto.

É de se perceber que, os negócios jurídicos feitos dentro das plataformas digitais não possuem qualquer estabelecimento concreto, em que o consumidor pode dirigir-se para ali, de maneira palpável ter contato direto com o bem ou serviço, sobretudo com o próprio fornecedor.

Há dentro dos *Marketplaces*, assim como na maioria dos *e-commerces*, a viabilidade de contato via Serviços de Atendimento ao Consumidor (SACs), mensagens de texto, e-mails ou até conversas com vendedores dentro do próprio site.

Carreada por esta ideia, a decisão aqui em análise, embora não tenha adentrado o mérito do cenário, em decorrência de respaldo processual (Súmula 7/STJ), ainda menciona o elencado pelo Juízo de ad quem, o qual subsumindo o caso aos artigos 26 e 27 do CDC, além de cravar a aplicação de vício do serviço, devido à presença de defeito deste, traz à baila enquadramento do § 2º, inciso I, do artigo 26 CDC, tratando de reclamação do consumidor por meio virtual.

Com isso, é de se verificar justamente a inclusão já tão evidente dos *Marketplaces* na cadeia de consumo e, sobretudo, perceber que o Superior Tribunal de Justiça, tem fustigado em suas decisões a incorporação da responsabilidade objetiva, ausente de culpa, necessitando tão somente de um fato, um dano e um nexos causal, dado que “Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, pg. 58).

Ademais, no ano de 2021, o STJ ainda analisa casos relacionados aos *shoppings digitais* e seus atos, estes que são elemento essencial para a existência do dever principal que emana a responsabilidade civil. Exemplo disso são o AREsp 1.814.415 e o AREsp 1.786.526, ambos de relatoria do Ministro Humberto Martins.

Há de se convir que, ainda no que tange à responsabilidade civil ser considerada objetiva pelo STJ, como demonstrado, ela possui natureza de um dever sucessivo, que surge logo após um dever principal estipulado entre as partes, assim como leciona também San Tiago Dantas (1977).

Por consequência, o dever principal é um contrato realizado entre o *Marketplace* e o vendedor ou comprador que da plataforma se utiliza para realizar seus negócios e vendas. Todavia, o próprio Superior Tribunal de Justiça já discute acerca do objeto contratual, além do próprio contrato em si, firmado entre estes sujeitos.

Ao verificar, segundo revelado no REsp 1.552.080, que o fornecedor (mantedor do *Marketplace*) é responsável por atos de verificar, analisar e registrar aqueles que utilizam seu ambiente virtual “organizado”, os mesmos são de alguma forma contratados para isso, gerando uma relação obrigacional entre as partes.

Logo, o STJ ao discutir sobre a própria estrutura obrigacional e contratual criada pela plataforma e seus participantes, também busca julgar e interpretar acerca do limite da responsabilidade destes ambientes virtuais, dentro do contratualmente estipulado e dos atos praticados por esta personalidade dentro de seu próprio recinto.

2. Do limite da responsabilidade dos marketplaces

Ainda que em cenário de decisões monocráticas, o STJ vem estabelecendo sua tendência a aceitação da responsabilidade objetiva dos *Marketplaces* atualmente. É sabido que tais plataformas são partes contratuais junto aos seus usuários.

A exemplo de empresas como Mercado Livre, os consumidores e vendedores são apresentados aos Termos e Condições de Uso, ao passo em que se cadastram e passam a utilizar a plataforma, seja para vendas e/

ou compras. Esse respectivo Termo é caracterizado à luz da codificação privada, trata-se de um contrato.

Nessa esteira, os usuários são, desde logo, regidos por um vínculo contratual com o mantedor do *Marketplace*, para que, dentro do mesmo, possa realizar inúmeros outros contratos das mais demasiadas espécies, a exemplo do REsp 1.552.080 relativo a leilão.

Por análise detida, o Termo configura-se como contrato de adesão, dada a seara civil, consumerista e a incidência da responsabilidade ser objetiva, o art. 54 do Código de Defesa do Consumidor alberga de maneira cristalina a definição legal deste tipo contratual.

Não obstante, tal classificação dos Termos e Condições requeridos pelos fornecedores no universo digital tem sua justificativa. Ocorre que, esses tipos contratuais são aparentemente bilaterais, todavia possuem elementos que os detalham e diferenciam da forma como é compreendida a bilateralidade contratual.

Com o avanço tecnológico, as partes contratantes cada vez menos precisam de presença para celebração de negócios. Segundo Bruno Miragem (2016), é o fenômeno que se convencionou como *despersonalização dos contratos*. Tal conceito expressa justamente o desconhecimento entre partes contratantes, já que são várias e inúmeras, em especial no tocante a grandes empresas, que geralmente são as mantedoras dos *Marketplaces*. Por consequência, surge a necessidade de unificar os contratos, em prol de uma maior facilidade, planejamento e até vantagens.

Claramente, embora haja a incidência do CDC, não é possível afastar a aplicabilidade do Código Civil a cuidar-se de contratos, sobretudo em questão principiológica e de regramento geral e especial.

Ora, sendo um contrato de adesão, deve-se levar em conta o art. 421 CC, isto é, o princípio da liberdade contratual, da função social, da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão.

A par disso, o descumprimento contratual que ilida os princípios estampados pelo CC/2002, a exemplo do art. 421 da mesma codificação, ou quiçá de conceitos implícitos, tais como o *pacta sunt servanda*, são passíveis de indenização, resultado do evento danoso gerado pelo descumprimento, bem como explicado por Gagliano e Pamplona Filho (2019).

O AREsp de nº 1.786.526, em sede de julgamento monocrático datado de 12/02/21, pelo relator Ministro Humberto Martins, revelou o provável acompanhamento interpretativo do STJ ao Juízo de piso que analisou o mesmo caso concreto.

O caso é relativo a venda comercial de livro, via *Marketplace*, sendo objeto da ação principal a obrigação de não fazer, ou seja, não vender mais a respectiva obra, por parte das empresas Requeridas (mantedora da plataforma e terceira empresa que vendia dentro da via digital).

O relatório expressa bem a classificação das plataformas digitais, a título de menção, em que as vendas online são realizadas de duas maneiras, a primeira que a própria mantedora da plataforma vende produtos de seu estoque próprio e, outra maneira é via *Marketplace* (objeto dos autos), em que terceiros utilizam-se do meio ali disposto para realizar suas próprias vendas.

Outrossim, ao longo da marcha processual, frisou-se o entendimento de que no segundo modelo de vendas, via plataforma digital usada por terceiros, a empresa mantedora deste ambiente virtual (uma das Requeridas) não participa de maneira alguma das relações estabelecidas entre seus usuários.

No processo em questão, fincou-se a ideia de que, na verdade, o meio de atuação das empresas responsáveis pelo ambiente virtual é restrito unicamente ao meio de publicação ali gerido e administrado, não se responsabilizando por atos praticados fora daquele recinto.

Impende ressaltar, dentro deste entendimento que chegou até o STJ, que há portanto uma ligação diferente para cada integrante do contrato firmado. Veja-se, que mesmo os usuários praticando e celebrando contratos entre si dentro da plataforma, inexistente qualquer atuação da empresa que criou aquele local digital.

Então, seguindo a esteira do raciocínio, se não ocorre atuação da personalidade mantedora do *Marketplace*, de fato é criada margem para questionamento sobre até onde vai a responsabilidade destas empresas. Deve-se ao fato que, as pessoas que utilizam o ambiente para realizar outros contratos, também, em ato pretérito, contrataram a empresa que gerencia o

recinto, resguardando todos os princípios legais, estruturantes e acessórios de um contrato.

Noutro giro, o art. 422 do CC/2002, deixa claro que os contratos devem reger-se pelo princípio da probidade e boa-fé, sendo os contratantes obrigados a resguardá-los na conclusão e na execução contratual. É válido pontuar, que esse dispositivo é precário, mas é também muito bem interpretado pelo Enunciado de nº 25 e de nº 170 da I e III Jornada de Direito Civil, consecutivamente, todas do CJF:

O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual (Enunciado nº 25 da I JDC do CJF)

A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato (Enunciado nº 170 da III JDC do CJF)

Interessante verificar que, as empresas fornecedoras de meio virtual, para compras e vendas de terceiros, tem sua responsabilidade limiar na atuação dentro do próprio meio digital que administra, independe do negócio ali dentro realizado, pois a mesma contratada não pode atuar plenamente.

As relações entre usuários, em verdade, atende e, dessa forma, deve ser respeitada, pelo princípio da intervenção mínima, ainda que tal intervenção seja de um terceiro que possibilitou aquela relação. Contudo, o contrato anterior a estas relações, deve atender a uma função social, garantindo segurança, confiabilidade e boa-fé daqueles que aderem a tal termo.

Este entendimento é asseverado, inclusive, pelo próprio STJ, como no já analisado REsp 1.552.080, dado que o *Marketplace*, representado pela empresa que o gere, funciona como um intermediador das relações de seus usuários, o que incide em sua responsabilidade objetiva, sem requerimento de culpa ou dolo, já que também é caracterizada como uma fornecedora, in casu de um meio virtual, para que os seus aderentes possam confiar e atuar conforme a fé contratual.

Aos cuidados de Flávio Tartuce (2018), a liberdade contratual, estampada pelo art. 421 do CC/2002, e a liberdade de contratar são duas liberdades pessoais, que decorrem diretamente da autonomia privada, sendo

a pessoa contratual capaz de regular inteiramente seus próprios interesses. Mas, a autonomia privada não é absoluta, encontrando amparo na função social, a qual ameniza o alcance desse princípio.

Nessa mesma perspectiva, o autor também percebe:

Importante reconhecer que, na prática, predominam os contratos de adesão [...]. Do ponto de vista prático e da realidade essa é a principal razão pela qual se pode afirmar que a autonomia da vontade não é mais um princípio contratual. Ora, a vontade tem agora um papel secundário, resumindo-se, muitas vezes, a um sim ou não (TARTUCE, 2018, pg. 657)

O AREsp 1.786.526, ao tratar de tais vínculos que oportunizam essa discussão do limite quanto à responsabilidade, teve, em decisão monocrática, a conferência do desrespeito à decisão do Juízo de piso por parte das empresas requeridas. Isto posto, alegou-se que somente a empresa vendedora poderia eliminar completamente os anúncios da obra vendida, sendo que a empresa mantenedora do site não poderia interferir para findar os anúncios por completo, já que infringiria seu contrato com a empresa vendedora.

Nessa toada, o STJ demonstra tendência em entendimento pautado, por ora, que mesmo diante de um caso que não poderia interferir por força contratual, ao permitir que somente a empresa vendedora finalizasse os anúncios da obra por completo, há existência de danos ao autor anunciante. Isso deve-se pelo fato de que a empresa que vendia no *Marketplace*, por não ter eliminado os anúncios integralmente, os mesmos continuaram a aparecer aos usuários, porém restritos ao informe de “fora de estoque”.

Por derradeiro, houve descumprimento da decisão judicial que determinou a paralisação das vendas das obras e a retirada dos anúncios do site de vendas, o que o STJ atesta que não ocorreu, gerando dano ao Requerente originário e, portanto, sendo merecida a coima estipulada ainda na decisão de primeiro piso. O Superior Tribunal vai além, e assegura que a multa mereceu majoração, já que as empresas não empregaram esforços suficientes para atender a decisão judicial.

O julgamento é incisivo ao demonstrar justamente este encontro principiológico e contratual, todavia revela que verdadeiramente os ambientes virtuais são objetos das mesmas ideias e estruturas que

formalizam os contratos em geral, sobretudo ao resguardar seus vários sujeitos que aderem a tal acordo.

Ainda no que concerne à atividade praticada pelos *Marketplaces* e até onde as mesmas incidem na responsabilidade civil, no AREsp 1.814.415, também do ano de 2021, cuja relatoria também é do Ministro Humberto Martins, ocorreu situação englobando a conhecida plataforma do Mercado Livre (ML).

Após intensa discussão, ao longo do trajeto processual, acerca da primazia da autonomia privada, da não intervenção e mesmo da liberdade contratual, o STJ, por meio do Relator, revelou sua tendência, novamente, de atestar que o ato de retirada ou alteração de um anúncio pode gerar danos aos usuários.

Ocorre que, em análise inclusive do Código Militar, em seus artigos 16 e 17, verificou-se que o objeto (recarregador de arma de fogo) que era questão da discussão e que levou a todo o procedimento judicial, não era parte integrante da arma de projétil, não sendo essencial um para o uso do outro.

Nessa toada, o ML infere que houve manifesta ruptura dos Termos e Condições de uso de seu ambiente virtual, bem como ocorreu infração ante o estipulado entre ele e o usuário vendedor. Todavia, o STJ demonstrou por meio da decisão monocrática que é clarividente o descumprimento por parte da plataforma, tendo a razão o Autor ao verificar que o ML gerou danos ao restringir seu anúncio.

O Superior Tribunal ratificou, ainda, por meio de simples prova, que em uma breve pesquisa no site do ambiente virtual em testilha já era suficiente para averiguar inúmeros outros anúncios com o mesmo objeto, fato que amparava os pontos trazidos à baila pelo Autor (vendedor).

Impende, portanto, que os Termos e Condições das plataformas digitais, além de serem contratos formalizados e celebrados entre mantedor e usuários, também podem levar a meios de provas para debate, haja vista, como no exemplo do AREsp 1.814.415, a divergência quanto ao (des) atendimento das cláusulas ali expostas.

3. Das provas da responsabilidade dos marketplaces

Cinge-se, diante do julgamento monocrático do AREsp 1.814.415, a discussão acerca de caso concreto, envolvendo a venda de bem, qual seja, um tambor de recarregamento rápido, ou conhecido como “*jet loader*”, destinado a facilitar o municionamento de armas de fogo.

Nessa toada, a plataforma digital em comento decidiu suspender o anúncio do então vendedor, sob o espeque de rompimento dos Termos e Condições de Uso impostos aos usuários para a utilização do ambiente virtual.

Ocorre que, no fato concreto, a controvérsia encontra-se estampada em princípios contratuais, os quais, segundo a parte Recorrente em questão, aduzem que são resguardados e mantidos por meio do contrato firmado com o usuário, isto é, o Termo de Condições e Uso.

Dentre o conflito principiológico, o julgado enfrentou, em especial, a liberdade de contratar (atualmente alterada para liberdade contratual, pela Lei nº 13.874/2019), fincada no art. 421 CC. Ademais, alegou-se a existência de cláusula resolutiva, contida no Termo, a fim de justificar a ausência de interpelação a parte inadimplente, bem como a resolução contratual de praxe.

O Superior Tribunal, através da relatoria do ministro Humberto Martins, interpretou que o recarregador não é elemento essencial ao funcionamento da arma, inexistindo qualquer relação direta ao disparador de projéteis, na verdade, o bem ali vendido trata-se tão somente de um facilitador de manuseio.

Por sequência teleológica, em averiguação ao Termo de Condições de Uso da então plataforma digital, o qual foi alvo da argumentação defensiva por parte da empresa, há em suas cláusulas pontos importantes quanto a demanda tratada.

Inicialmente, desde o sumário do contrato da plataforma, em seu ponto de número 2, são estabelecidas condições para o anúncio por parte do chamado “Usuário Vendedor”. Dentre eles, a quantidade em estoque, os termos do próprio anúncio a ser criado e características gerais do bem a ser anunciado.

Ainda no sumário, já ocorre advertência que, ocorrendo violação da legislação vigente ou mesmo do próprio Termo, a plataforma tem os poderes

e a legitimidade para realizar determinadas sanções, as quais são tratadas especificamente em cláusula futura, tais como a suspensão de anúncio. Ainda no início do contrato, também é deixado expresso, em sua quinta cláusula, que não é permitida a venda de produtos proibidos pela legislação ou que afrontem o Termo, salvo se possuírem a autorização dos órgãos competentes para tanto. Vedada, também a compra de produtos dispostos no rol de bens proibidos.

Ademais, ainda em matéria tocante ao AREsp em comento, o contrato, em sua cláusula de número 7.2, é de inestimada relevância para o julgado. Nesta cláusula, novamente, é repisado que o Usuário Vendedor pode vender qualquer produto que não esteja no rol de proibições do contrato; ou seja, vedado por lei. Doutra banda, ainda no mesmo dispositivo contratual, encontra-se disposição relacionada à responsabilidade.

Em virtude de o Mercado Livre não figurar como parte nas negociações de compra e venda de serviços e produtos que se realizam entre os Usuários, a responsabilidade por todas as obrigações decorrentes, [...] será exclusivamente do Usuário vendedor. Assim, o Usuário vendedor declara e reconhece que na hipótese de o Mercado Livre ou qualquer empresa do grupo vir a ser demandada judicialmente ou tenha contra ela uma reclamação dos órgãos de proteção ao consumidor, os valores relativos às condenações, acordos, despesas processuais e honorários advocatícios dispendidos pela empresa serão de responsabilidade do Usuário vendedor que deu causa, autorizando, ainda, a retirada dos respectivos valores de sua conta do Mercado Pago. Da mesma forma, o Usuário vendedor reconhece ser responsável se, em decorrência de seus atos ou omissões, o Mercado Livre efetuar o pagamento ao Usuário comprador de valores pagos por este último ao referido Usuário vendedor (Programa Compra Garantida), autorizando, também, a retirada destes valores de sua conta do Mercado Pago. Por não figurar como parte nas negociações de compra e venda que se realizam entre os Usuários, o Mercado Livre também não pode obrigar o Usuário vendedor a honrar sua obrigação ou efetivar a negociação (Termos e Condições de Uso do Mercado Livre; atualizado em 04/08/2021)

É alinhavado, no instrumento, que o *Marketplace* não se responsabiliza por nenhuma obrigação contraída entre os Usuários Vendedores e Compradores, sendo toda a carga responsabilizadora atribuída ao Vendedor,

sob a justificativa de que a plataforma não é parte das negociações que ocorrem em seu sítio.

Se estabelece, ainda, que o Usuário Vendedor deve reconhecer que diante de qualquer demanda judicial, somente ele será responsabilizado por qualquer indenização, inclusive honorários advocatícios. O pacto ainda deixa claro que, caso o *Marketplace* pague por conta do vendedor e de seus atos que deram causa à lide processual, o mesmo também desde já autoriza a retirada de valores de sua possível conta na outra empresa do mesmo grupo gestor da plataforma, à qual é direcionada a gestão de pagamentos.

Desta feita, verifica-se que o AREsp 1.814.415 foi incisivo ao avaliar as searas argumentativas da parte ré e ora Recorrente, posto que, no caso em tela, o STJ utilizou-se do Regulamento R-105, aprovado pelo Decreto nº 3.665/2000, para definir o conceito de carregador, diferenciando-o de arma de fogo e destacando sua relação indireta para o funcionamento da mesma.

A par disso, ainda com base no regulamento do Exército, especificamente nos artigos 16 e 17, o Superior Tribunal estabeleceu que não merece qualquer amparo a argumentação da plataforma, dado que, pelos motivos de não ser bem integrante e necessário a uma arma, sua venda é permitida, sem qualquer restrição do Poder Público. Logo, a tese de que as sentenças dos Juízos de piso afrontam a liberdade contratual, dada uma interferência desnecessária do Poder Público nas negociações, com fulcro no art. 421, parágrafo único, CC, não tem guarida.

Percebe-se que, para demonstração probatória da responsabilidade, é imperioso a união de artifícios jurídicos de âmbito público e privado, sendo este último mais preponderante, haja vista tratar-se de um regime negocial particular. Todavia, não é requisito que exima o *Marketplace* de sua responsabilidade, mesmo, como já revelado, que esteja contratualmente estipulada sua inexigibilidade quanto a responsabilidade.

Nestes termos, a partir do pensamento de que a responsabilidade da plataforma digital é inicialmente contratual, há paridade com a interpretação do STJ, que confere a responsabilidade objetiva no caso dos *Marketplaces*, além do contexto legal consumerista que o caso requer.

De fato, na responsabilidade civil contratual, a culpa é, de regra, no mínimo, presumida, uma vez que se trata do descumprimento de uma

prestação que se assumiu livremente. Assim, há uma inversão do ônus da prova, pois caberá à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, enquanto ao devedor restará o onus probandi, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, pg. 257).

Diante disso, cabe o ônus probatório àquele que sofreu o dano, todavia, realizando intermediação com o contrato pactuado para o uso do ambiente e do serviço do fornecedor mantedor do sítio eletrônico.

Como bem alegado no AREsp 1.814.415, ao comprovar o dano sofrido, diante da suspensão repentina e aparentemente sem justificativa plausível, a então parte autora logrou êxito neste ponto da lide.

Vale ressaltar, que o Superior Tribunal de Justiça frisou a ausência de qualquer prova de interpelação pela plataforma ao Usuário vendedor. Porém, especialmente no que tange à tais provas, o STJ também considerou a pesquisa feita dentro do próprio sítio para fins comparativos, dado que, à palavra do próprio julgador, ao realizar uma simples pesquisa no site da empresa, deparava-se com inúmeros anúncios do mesmo bem ali discutido.

Fincada a tese do autor, assim, de que de fato houve o descumprimento contratual da parte ré (empresa mantedora), dado que o dano foi comprovado, logo sua responsabilidade contratual também restou cristalina, apta para a requisição indenizatória. No referido julgado, o Tribunal ainda vai além, afirmando acerca do elemento da culpa da parte ré em praticar tal suspensão de anúncio, muito embora seu descumprimento já restasse evidente.

Ainda na temática probante ante a responsabilidade dos *Marketplaces*, segundo Miragem (2016), a via eletrônica deve também pautar-se pela segurança de casos de extinção contratual. Logo, cabe ao fornecedor primar por medidas como a devolução do produto, a suspensão de débito, a devolução de quantias já pagas, ou mesmo, a correção de vícios e defeitos que venham a afetar o produto ou serviço.

A par disso, o próprio STJ, no AREsp de número 1.783.033, de 09/02/2021, em decisão monocrática, revelou que o fornecedor eletrônico não pratica descaso algum, mediante apontamentos e

reclamações de Usuário Comprador, se oferecer prontamente alternativas para o consumidor.

No caso concreto, não havia estoque por parte do Usuário Vendedor, assim a empresa mantedora ofereceu vias como devolução de preço, substituição por outro bem de maior valor ou mesmo pagamento de diferença pelo bem vendido por quantia menor em outro sítio.

Colhendo da mesma doutrina já citada, o autor Bruno Miragem entende que, a empresa mantedora da plataforma digital, ao oferecer qualidade, segurança, procedência, fato equivalente ao sistema de pontuação dos Usuários Vendedores, bem como diferenciando os anunciantes entre si, há a roupagem de fornecedor de serviços, portanto, atraindo a matéria consumerista e por demasia, a responsabilidade civil objetiva.

Doutra banda, percebe-se que, em consonância entre a interpretação doutrinária e jurisprudencial do STJ, os *Marketplaces* digitais passam por um escalonamento de serviços.

Com efeito, os ambientes eletrônicos que progressivamente oferecerem uma boa qualidade de serviço de intermédio/meio, diferenciação entre os vendedores bons ou ruins, garantir qualificação de segurança e, ainda, receber uma contraprestação a cada venda, todas qualidades de um serviço a ser prestado, parece crescer em progressão, de maneira conjunta, a responsabilidade deste intermediário digital.

Imprescindível, portanto, a análise criteriosa do contrato a ser realizado junto ao responsável pelo ambiente virtual, bem como avaliar o Usuário de quem se compra ou requer algo, e demais cenários criados pela própria plataforma (pesquisas dentro do próprio sítio eletrônico) para que tais pontos fáticos em conjunto forneçam meio de comprovação da responsabilidade do *Marketplace*.

Considerações finais

À interpretação do Tribunal da Cidadania, o vislumbre da responsabilidade civil que vai ao encontro com uma das formas do E-commerce, ou seja, o *Marketplace* revela contribuições e ideias acerca da aplicabilidade do Direito Privado moderno.

Impende destacar que, mesmo diante de inovações constantes, sobretudo na linha do universo tecnológico, o Direito Civil e Consumerista fazem parte integrante da vida social, dado que os julgamentos por parte do Superior Tribunal de Justiça reverberam em todo o ordenamento jurídico.

A consideração, atualmente, da incidência de matéria consumerista e da responsabilização objetiva dos ambientes virtuais de compra e venda, representa que o usuário não é tão somente um mero navegante digital, mas sim sujeito de direitos que pratica atos e realiza negócios, dado que estes devem repercutir em responsabilidade, seja por danos gerados ou sofridos pelo usuário em testilha.

O comparativo entre o *Marketplace* e a função de intermediador de negócios não pode excluí-lo de indenizações e práticas vedadas pela legislação pátria, caso contrário, estaria a se falar em uma norma ineficaz, inválida para a discussão de tratativas realizadas em ambiente diferente, isto é, o real/material, mas que não poderiam ser utilizadas em meio digital, embora apresentassem o mesmo núcleo.

No que diz respeito ao limite da responsabilização das plataformas digitais, o STJ demonstra justamente a interpretação conjunta entre as obrigações contratuais e os princípios que norteiam o ordenamento jurídico. O limite dos atos dos *Marketplaces* são estabelecidos em contrato, tendo-se ciência deste, em tese, por ambas as partes, seja pela plataforma ou usuários. Outrossim, não há óbice a violação de princípios pelo detalhe de ser um contrato de meio digital.

Em verdade, a lesão aos princípios norteadores dos negócios jurídicos, defendidos pelo ordenamento, são alvo de responsabilidade e indenização, a verificar o caso concreto. Resultado são os julgados do AREsp 1.814.415 e do AREsp 1.786.526, dado que em ambos fica estampado o descumprimento por parte do *Marketplace*, que ora se exime de responsabilidade, ora atua em suspensões ou desligamento de anúncios, mas tudo sob a égide do contrato firmado entre as partes, olvidando-se dos princípios reguladores deste.

Consequentemente, a prova também é consubstanciada no contrato firmado entre os sujeitos elencados. Todavia, tratando da matéria de responsabilidade civil, há a necessidade de comprovação de um dano sofrido, neste ponto, por uma responsabilidade contratual assumida e rompida.

Para esta comprovação, é importante a consonância do caso concreto para com o pactuado entre as partes em ambiente virtual, haja vista toda a incidência principiológica que circunda o pacto das partes, mas, também, as atitudes da empresa que mantém o ambiente virtual e que acarrete um dano aos usuários, parte integrante do contrato.

Com o avanço tecnológico, cada vez mais presente na vida comum e social, os *Marketplaces* são inovação que cria raízes nesse ambiente. Logo, a eficácia, validade e utilidade da responsabilização dessas localidades virtuais e suas personas mantedoras é relevante para o meio jurídico e, em especial, da atuação dos operadores do Direito.

Do advogado ao magistrado, a pacificação pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça vale para estabelecer diretrizes da atuação das plataformas, sendo de suma importância o seu tipo de responsabilidade, qual seja a objetiva, seu limite e as provas cabíveis ao caso concreto, para, assim, resolver as mais inúmeras lides que surgem todos os dias, diante da infração contratual e do Direito.

Referências

ÂNGELO, Tiago. **Plataforma de marketplace e vendedores têm responsabilidade solidária, diz juiz**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-10/plataforma-marketplace-vendedores-responsabilidade-solidaria>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BARROS, Mariana. **Marketplace - responsabilidade objetiva ou culpa exclusiva de terceiros?**. Migalhas, 09 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/337550/marketplace---responsabilidade-objetiva-ou-culpa-exclusiva-de-terceiros>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BOTEGA, Leonardo Castro; DE SOUZA, Dieimes Laerte; PITO, Priscilla Hiroko Shimada. **Relação Jurídica Contratual Contemporânea A Luz De Novas Tecnologias**. In: I Encontro Virtual Do Conpedi - Direito Civil Contemporâneo II, n.1. 2020, Florianópolis: **CONPEDI, 2020**.

BUSSAB, Renata Carrara; GALLI, Jorge Luís. **A Proteção Do Consumidor Na Era Virtual: Desafios Da Responsabilidade Do Marketplace**. In: XXVII Congresso Nacional Do Conpedi Porto Alegre – Rs, Direito, Globalização E

Responsabilidade Nas Relações De Consumo n.2.2018, Florianópolis: **CONPE DI**, 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da república federativa do brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de defesa do consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF, ano 139, n. 8, p 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática no aresp nº 1.814.415**. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, DF, 10 de março de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=MARKETPLACE&b=DTXT>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática no aresp nº 1.786.526**. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, DF, 12 de fevereiro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=MARKETPLACE&b=DTXT>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática no aresp nº 1.783.033**. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=MARKETPLACE&b=DTXT>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática no resp nº 1.552.080**. Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Brasília, DF, 27 de maio de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=MARKETPLACE&b=DTXT>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de direito civil**. Enunciado 38. Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699>. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de direito civil**. Enunciado 170. Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/302#:~:text=A%20boa%2Df%C3%A9%20objetiva%20deve,decorrer%20da%20natureza%20do%20contrato>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de direito civil**. Enunciado 25. Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/671>. Acesso em: 23 set. 2021.

COSTA, Sandro José de Oliveira. **Aplicabilidade do direito do consumidor aos leilões virtuais**. Âmbito Jurídico, 1º de agosto de 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/aplicabilidade-do-direito-do-consumidor-aos-leiloes-virtuais/>. Acesso em: 19 out. 2021.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1977. Disponível em: https://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/programa_de_direito_civil-I-OCR.pdf, acessado em 14 de dezembro de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

G1. **Faturamento de lojas online no brasil cresce 47% no 1º semestre de 2020, maior alta em 20 anos**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/08/28/faturamento-de-lojas-online-no-brasil-cresce-47-por-cento-no-1o-semester-de-2020-maior-alta-em-20-anos.ghtml>. Acesso em: 18 jun. 2021.

LERSCH, Henrique Silveira. **Adoção de comércio eletrônico via marketplace: Um Estudo Realizado Em Micro E Pequenas Empresas Do Rio Grande Do Sul**. Santa Cruz do Sul, 2020 Trabalho de Conclusão de Curso (Administração)-Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 72.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Natália Martins. **Marketplace e a responsabilidade pelo fornecimento de produtos e serviços**. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://ndmadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/436140081/marketplace-e-a-responsabilidade-pelo-fornecimento-de-produtos-e-servicos>. Acesso em: 22 jul. 2021.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Direito da internet e comércio eletrônico**. Lisboa: Quid Juris, 2001.

PIMENTA, Marcelo. **Marketplace: o que é, suas vantagens e desvantagens**. E-commerce Brasil, 29 de março de 2018. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/marketplace-vantagens-desvantagens/#:~:text=Menos%20custos%20com%20marketing%3A%20o,a%20necessidade%20de%20grandes%20gastos>. Acesso em: 18 jun. 2021.

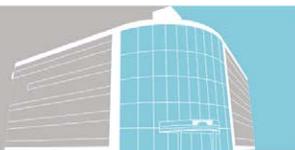
PIMENTEL, José Eduardo De Souza. **Introdução ao direito digital**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo, 2018. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/352. Acesso em: 18 jun. 2021.

PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. **O marketplace na ótica do Poder Judiciário**. E-Commerce Brasil, 05 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/o-marketplace-na-otica-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

TERMOS e Condições de Uso do Mercado Livre. **Mercado livre**, atualizado em 04 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409. Acesso em: 19 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

VOLPON, Rodrigo. **O direito do consumidor e a responsabilidade do marketplace**. JUS, fev. de 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88598/o-direito-do-consumidor-e-a-responsabilidade-do-marketplace>. Acesso em: 22 jul. 2021.



Reflexões sobre o processo penal contemporâneo: verdade real *versus* verdade processual

Reflections on The Contemporary Criminal Process: Real Truth Vs. Procedural Truth

Reflexiones sobre el Proceso Penal Contemporáneo: Verdad Real Vs. Verdad Procesal

Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes¹

Andrea Cardinale Urani Oliveira de Moraes²

Tarsis Barreto Oliveira³

1 Mestranda do Programa de Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Máster em Direitos Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade do Tocantins (UNITINS). Juíza do Trabalho do TRT da 10ª Região (DF/TO). E-mail: suzidarlyfernandes@uft.edu.br.

2 Advogada. Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Ciências Penais. Especialista em Formação de Professores para o Magistério Superior Jurídico. Docente no Ensino Superior Jurídico nas cadeiras de Direito Penal, Processo Penal, Prática de Processo Penal e Direitos Humanos. Membro associada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. E-mail: andreacardinaleurani@gmail.com.

3 Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor Associado de Direito Penal da Universidade Federal do Tocantins. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Estadual do Tocantins. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. E-mail: tarsisbarreto@uft.edu.br

RESUMO

O presente artigo aborda o processo penal contemporâneo, investigando a relação entre verdade real e verdade processual. Dá-se enfoque, inicialmente, à figura dos sujeitos processuais, com ênfase nos sujeitos principais (acusador, defensor e magistrado) e ao papel deles em âmbito processual. Em seguida, são abordadas algumas acepções de verdade, mormente as distinções entre verdade formal e verdade real, acentuando-se o anacronismo dessa diferenciação, diante do caráter publicista do processo, que concede ao juiz uma postura mais ativa na produção da prova. Ao direcionar as alegações ao magistrado, as partes pretendem convencê-lo de suas teses e trazer elementos de convicção para o julgador. Na busca da verdade, há limites impostos por regras legais e constitucionais que garantem os direitos fundamentais do acusado. A verdade prevalente no processo consubstancia-se em uma verdade processual, porquanto estabelecida em âmbito processual e possível de ser alcançada pelos meios probatórios possíveis, legítimos e legalmente admissíveis.

Palavras-chave: *Direito Processual Penal; verdade processual; verdade real.*

ABSTRACT

This article addresses the contemporary criminal process, investigating the relationship between real truth and procedural truth. It focuses, initially, on the figure of the procedural subjects, with emphasis on the main subjects (accuser, defender and magistrate) and their role in the procedural scope. After that, some definitions of truth are discussed, especially the distinction between formal truth and real truth, emphasizing the anachronism of this differentiation, given the public character of the process, which grants the judge a more active posture in the production of evidence. By directing their allegations to the magistrate, the parties intend to convince him of their thesis and bring elements of conviction to the judge. In the search for truth, there are limits imposed by legal and constitutional rules that guarantee the fundamental rights of the accused. The prevailing truth in the process is a procedural truth, as it is established in the procedural context and can be achieved by possible, legitimate, and legally admissible evidential means.

Keywords: *Criminal Procedural Law; procedural truth; real truth.*

RESUMEN

Este artículo aborda el proceso penal contemporáneo, investigando la relación entre verdad real y verdad procesal. Se centra, inicialmente, en la figura de los sujetos procesales, con énfasis en los sujetos principales (acusador, defensor y magistrado) y su rol en el ámbito procesal. Posteriormente, se discuten algunas definiciones de verdad, especialmente la distinción entre verdad formal y verdad real, enfatizando el anacronismo de esta diferenciación, dado el carácter público del proceso, que otorga al juez una postura más activa en la producción de pruebas. Al dirigir sus alegaciones al magistrado, las partes pretenden convencerlo de su tesis y aportar elementos de convicción al juez. En la búsqueda de la verdad, existen límites impuestos por normas legales y constitucionales que garantizan los derechos fundamentales del imputado. La verdad imperante en el proceso es una verdad procesal, pues se establece en el contexto procesal y puede lograrse por medios probatorios posibles, legítimos y legalmente admisibles.

Palabras clave: *Derecho Procesal Penal; verdad procesal; verdad real.*

Introdução

O presente estudo analisa aspectos do processo penal contemporâneo, no tocante à contraposição entre verdade real e verdade processual, de modo a responder à pergunta que conduziu a pesquisa, qual seja: no processo penal contemporâneo, mantém-se a busca pela verdade real ou é suficiente à obtenção de uma verdade processualmente estabelecida?

Para alcançar o objetivo pretendido, o texto é construído em três seções: a) relação processual penal e seus sujeitos; b) verdade formal e verdade real; e c) que verdade prevalece no processo penal?

Realizam-se, inicialmente, alguns apontamentos sobre os sujeitos processuais, com especial atenção a acusador, defensor e magistrado, que figuram como sujeitos principais.

Adentrando o tema relativo à busca da verdade, são abordadas algumas acepções desse vocábulo, anotando-se que modificações histórico-sociais repercutem no modo de admitir e conceber o que é verdade.

Na seção Verdade Formal e Verdade Real, realiza-se a distinção entre ambas, consagrada na doutrina processual para indicar a postura do magistrado na colheita da prova. Hodiernamente, essa diferenciação mostra-se questionável, sem

utilidade prática, dado o caráter publicista do processo e a exigência, decorrente dessa natureza, de que o juiz mantenha uma postura mais ativa na determinação de produção da prova que julgar necessária para o esclarecimento dos fatos.

Apreendidos os elementos considerados necessários à compreensão da busca da verdade, verifica-se que não se admite a busca por uma verdade que se julgue autêntica, absoluta, sem que se respeite o devido processo penal e se tenha um julgamento justo. Para tanto, há de se observar os limites legais e constitucionais relacionados à produção da prova, que impedem, por exemplo, o aproveitamento das provas obtidas por meios ilícitos, bem como daquelas que violam os direitos fundamentais do acusado.

Desse modo, a verdade prevalente no processo consubstancia-se em uma verdade processual, porquanto estabelecida em âmbito processual, com todas as possíveis e naturais falhas decorrentes do agir humano presentes na produção e apreciação da prova existente nos autos.

Como metodologia, utilizou-se pesquisa bibliográfica para a coleta de substrato teórico de historicidade, bem como aportes jurídicos nacionais relacionados ao tema. Na pesquisa de artigos científicos pertinentes foram utilizados os descritores *processo penal*, *verdade real*, *verdade formal* e *verdade processual*.

1. Relação processual penal e seus sujeitos

No modelo jurídico pátrio, “o processo penal é um procedimento realizado em contraditório, animado por uma relação jurídica, teleologicamente dirigido ao julgamento ou atendimento prático de uma pretensão penal” (NICOLITT, 2014, p. 75). Desse modo, os atos praticados pelos sujeitos processuais principais (acusação e defesa) vertem para a formação do convencimento do juiz sobre os fatos aduzidos na peça incriminatória, de modo a confirmá-los ou rechaçá-los. Destaca-se, ainda, que “o processo precisa ser entendido como o mecanismo apto à inserção da informação no campo da decisão judicial. É o regime pelo qual o Estado estipula quais as modalidades e a forma de produção da informação.” (ROSA, 2013, p. 94).

Na relação jurídica processual penal, atuam acusador, defensor e magistrado como sujeitos processuais principais, sem os quais o processo penal não se constitui ou não se desenvolve. Além desses, pode haver intervenção de sujeitos processuais secundários ou coadjuvantes, como ocorre com assistentes, peritos, intérpretes, tradutores, etc (NICOLITT, 2014, p. 411). Para o presente estudo, cabe ressaltar a

atuação dos primeiros, vez que direta e fundamentalmente relacionados à produção de provas, à demonstração da verdade sustentada e à incidência ou não da lei penal à situação fática.

Como extrato da atuação dos sujeitos principais do processo penal, Lima (2016, p. 1176) anota que, “em sede processual penal, a parte autora oferece a peça acusatória e invoca a prestação jurisdicional; o acusado é aquele contra quem se pretende o exercício da pretensão punitiva; ao juiz compete aplicar o direito objetivo ao caso concreto”.

O poder acusatório é conferido ao Ministério Público, nas ações penais de iniciativa pública (com o oferecimento de denúncia), ou ao ofendido (ou representante legal), em se tratando de ação penal de iniciativa privada (com a apresentação de queixa-crime) (LOPES JR., 2016, p. 123).

Caberá a um profissional especializado a defesa técnica do acusado, sem prejuízo do exercício da autodefesa por parte deste. Pode ser desempenhada por um defensor escolhido pelo réu, por um defensor público ou por defensor dativo, nomeado pelo juiz para a causa. Exige-se um pleno e efetivo direito de defesa e sem esta o processo não poderá prosseguir (LIMA, 2016, p. 1225).

Ao magistrado incumbe a direção do processo e sua atuação deve ser marcada pela equidistância das partes e imparcialidade. Ele tem o dever de conferir igualdade de armas aos demandantes e garantir o respeito à presunção de inocência do acusado e aos direitos fundamentais deste (NICOLITT, 2014, p. 411-412). Concluído o trâmite processual, proferirá sua decisão, acolhendo ou rejeitando a pretensão das partes.

O juiz é sujeito processual, mas não parte no processo. Processualmente, ele está acima dos litigantes por deter o poder jurisdicional, exercendo a função de dizer que norma jurídica será aplicada aos fatos trazidos em Juízo (NUCCI, 2011, p. 541).

Como ressaltam Távora e Alencar (2016, p. 613), “o processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado.” Esse objetivo nem sempre é alcançado e, por vezes, não é possível reproduzir, nos autos do processo, a realidade da vida. Nesses casos, ganham relevo dois conceitos usualmente presentes nos estudos relacionados à busca da verdade em sede processual: verdade formal e verdade real.

2. Verdade formal e verdade real

Indagações sobre a verdade inquietam o espírito humano desde a antiguidade, surgindo inúmeras correntes filosóficas que se debruçaram sobre o tema. Chauí (1996, p. 90-106) dedica todo um capítulo ao assunto, apresentando as diferentes concepções e teorias, destacando que a verdade está na História e é histórica, pois mudanças na sociedade e transformações internas do conhecimento (modo de produção e de trabalho, saber científico, etc.) repercutiram no modo de conceber a verdade.

Nos estudos sobre a produção das provas, mormente após os ensinamentos de Beccaria, houve esforços de alguns criminalistas, “para levar a uma exatidão matemática a teoria da certeza em matéria criminal, ou conseguir aplicar à jurisprudência o cálculo das probabilidades, ou, enfim, aprofundar a natureza e as fontes dessa mesma certeza” (MITTERMAIER, 2008, p. 35). Tais esforços foram em vão, dada a complexidade da produção e colheita de provas e a impossibilidade de repetição exata dos fatos que ensejaram a persecução penal.

Na contemporaneidade, admite-se que há verdade quando existe, de modo objetivo, a comprovação do fato a que se refere um dado enunciado (RIGUETTI, 2015, p. 15). Por isso o tema tem tanta importância para o processo, e se liga a este de modo umbilical: no processo, busca-se a comprovação dos fatos narrados pelas partes.

A doutrina processual realiza distinção entre verdade formal e real. A verdade formal é que emerge dos autos, consoante as provas e argumentos trazidos pelas partes. O juiz contenta-se com a realidade traduzida pelas provas apresentadas no processo, não estando obrigado a determinar a produção probatória (NUCCI, 2011, p. 108).

Quanto à verdade real ou material, esta atua como princípio norteador da atuação do magistrado, despertando um sentimento de busca pela realidade ocorrida. O juiz assume postura ativa, determinando a produção das provas que entender pertinentes e necessárias, ao contrário da atitude passiva que se contenta com a verdade formal e com as provas trazidas pelas partes. Isso se justifica pela seriedade das consequências do julgamento, principalmente em direito penal (NUCCI, 2011, 107).

Embora se costume relacionar a verdade formal ao direito processual civil, como o faz Nucci (2001, p. 109), certo é que, dado o caráter publicista do processo,

nem no processo civil se admite que o magistrado seja mero espectador da atuação das partes, sendo-lhe permitido decidir sobre a produção de outras provas, além das indicadas pelas partes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 64-66). Aliás, como destaca Pistori (2001, p. 119), também no âmbito do processo civil, sempre que o juiz entender, poderá assumir iniciativa na investigação dos fatos.

Do mesmo modo, conquanto se diga que, no processo penal, vigora o princípio da busca da verdade real, certo é que há autores que entendem que, no processo penal, só haveria a verdade formal ou processual e sequer admitem a participação do juiz na dilação da prova penal, como o faz Lopes Jr (2016, pp. 94 e 386), destacando que “[...] o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se suprapartes e preservando sua imparcialidade”. Wedy (2016, p. 18) sustenta até que “a adoção de uma postura ativa do julgador acarreta o sacrifício de sua imparcialidade, elemento essencial da jurisdição”.

Outros estudiosos destacam que, embora possa se admitir uma liberdade do magistrado na busca da verdade, essa prerrogativa não é absoluta ou ilimitada, devendo ser respeitadas as limitações impostas por vedações legais à utilização de provas consideradas ilícitas (NUCCI, 2011, p. 107). Nessa mesma direção, destaca Nicolitt (2014, p. 618), que “a opção constitucional pela verdade não o é por qualquer verdade, senão uma verdade alcançada com respeito às garantias individuais, entre elas a dignidade, o contraditório e a ampla defesa”. Assim, “os preceitos legais em matéria de prova também dizem respeito ao meios postos à disposição do magistrado preparador para a indagação da verdade.” (MITTERMAIER, 2008, p. 21).

Os processualistas modernos anotam que essa dicotomia entre verdade formal e verdade real não mais se sustenta, não fazendo mais sentido referir-se à verdade formal como uma subcategoria de verdade. Aliás, segundo Marinoni e Arenhart (2000, p. 37), esse conceito não ostenta qualquer utilidade, “[...] sendo mero argumento retórico a sustentar a posição cômoda do juiz de inércia na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática”.

Não mais se estabelece a diferenciação entre verdade real e verdade formal. Não se apresentando utilidade prática nessa distinção, resta saber se é possível alcançar alguma verdade na persecução penal e que verdade prevalece no processo penal contemporâneo.

3. Que verdade prevalece no processo penal?

Na lide penal, há uma pretensão de imposição de sanção penal ao indivíduo acusado do fato criminoso (LIMA, 2016, p. 194). O magistrado avalia os elementos de prova e profere decisão, acolhendo ou não essa pretensão. A decisão prolatada funda-se nos elementos existentes nos autos e não numa verdade abstratamente considerada.

Ao analisar as lições de Perelman (1971) sobre argumentação, lógica e direito, Bittar e Almeida (2016, p. 517) evidenciam que a verdade processual deve ser entendida como a administração da discordância. E sustentam que no âmbito do processo penal, a ficção da verdade real é teleologia sistemática. Isso porque esta depende da individualidade psicológica dos sujeitos envolvidos na relação processual, tornando difícil a apuração que tenha por embasamento uma verdade purificada e integral.

Assim, todos os elementos integrantes do processo e os atos praticados pelos sujeitos processuais interferem na configuração da verdade evidenciada. Do mesmo modo, as falhas na colheita das provas ou a própria debilidade destas reverbera nos contornos de veracidade do processo. Como exemplo, tem-se a ocorrência de falsas memórias das testemunhas.

No direito processual, “testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos e que interessam à decisão da causa” (LIMA, 2016, p. 680). Conquanto possa estar imbuída da intenção de dizer a verdade, a testemunha pode proferir um testemunho falso, decorrente de falsas memórias. “Existem dois tipos de falsas memórias: as ocorridas de fatos que não existiram e o ressurgimento de lembranças recalçadas a partir da inflação da imaginação.” (DI GESU, 2014, p. 134). Em ambos, há uma deturpação da realidade fática.

Também a prova documental pode se apresentar como elemento de insubsistência da verdade processual, na medida em que pode estar eivada de vícios que contaminam sua validade, como aquela obtida por meio ilícito (NUCCI, 2011, p. 391), sem que o magistrado tenha conhecimento da ilícita origem.

Como pondera Gomes Filho (1997, p. 93), há limites probatórios cujos fundamentos podem ser processuais (lógicos, epistemológicos) ou extraprocessuais (políticos). É o que ocorre quando se rejeitam as provas que possam conduzir o

jugador a uma avaliação errônea ou em relação à inadmissão de provas conseguidas a partir de violação de direitos fundamentais, respectivamente.

Além desses fatores, também deve ser anotado que aquilo que se obtém no processo é uma tentativa de reprodução dos fatos ocorridos, e não estes em si, pois “a prova dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo.” (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 40). Por isso, “como princípio processual básico, tem-se como ponto de partida para a discussão acerca da controvérsia jurisdicional o fato de que a verdade não existe, mas se constrói por um *decisum* que advém de fatos expostos” (BITTAR; ALMEIDA, 2016, p. 516).

Nietzsche (1998, *apud* CARVALHO, 2015, p. 367) consigna que “a incursão do processo penal no equívoco de crer na descoberta da verdade através da captura do real, quando verdade e realidade são valorações e, na qualidade de juízos interpretativos, de inexequível apreensão pelos sentidos”. Apenas a realidade sensível, materializada nos autos, é que pode ser apreendida pelo julgador, e não uma verdade idealizada. Assim sendo, a “prática processual nada mais é do que a representação crônica de inúmeras interpretações possíveis [...]” (CARVALHO, 2015, p. 367).

Rosa (2013, p. 94), ao descrever o processo penal sob o aspecto da valoração das provas, leciona que:

O resultado da produção válida de significantes será composta pela decisão judicial, a qual não se assemelha, nem de longe, ao mito ultrapassado da verdade real. A verdade real é empulhação ideológica que serve para “acalmar” a consciência de acusadores e julgadores. A ilusão da informação perfeita no processo penal recebe o nome de Verdade Real.

O mencionado autor ainda destaca os momentos processuais de produção de prova, quais sejam: requerimento, deferimento, produção e valoração. Todas essas fases são passíveis de perda, como, por exemplo, a morte de uma testemunha ou, ainda, a falha de uma gravação, fatores que podem impedir a desejada informação perfeita (ROSA, 2013, p. 94).

Prevalece, destarte, a verdade processual, aquela que foi possível estabelecer, diante da falibilidade das provas e dos participantes do processo (sujeitos processuais). A mais próxima possível da verdade dos fatos, respeitadas as limitações humanas do julgador e dos demais atores da demanda, ou, nas palavras de Xavier (2008, p. 10), “[...] aquela que está ao alcance no caso em concreto”.

Aqui, verdade processual decorre não como verdade formal, como subverdade, mas como verdade estabelecida no processo e validada pelas regras legais e constitucionais vigentes, e decorrentes de um julgamento justo, com garantia dos direitos fundamentais do acusado.

Cabe lembrar que a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa, é adquirida como qualquer pesquisa empírica, baseando-se no método por prova e erro. A principal garantia de sua consecução é confiada à exposição máxima das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, ou seja, pelo livre desenrolar do conflito entre as partes do processo (FERRAJOLI, 2006, p. 60).

Como destaca Chauí (1996, p. 99), ‘palavras como ‘averiguar’ e ‘verificar’ indicam buscar a verdade; ‘veredito’ é pronunciar um julgamento verdadeiro, dizer um juízo veraz; ‘verossímil’ e ‘verossimilhante’ significam: ser parecido com a verdade, ter traços semelhantes aos de algo verdadeiro’. Dessa forma, “o julgamento não é um ato de ciência, mas de consciência. O juiz deve pensar e, sobretudo, sentir a causa [...]” (LIRA, 2015, p. 17).

No julgamento da pretensão condenatória, não há, como regra, uma busca por verdade científica, que admite experimentação, replicação e comprovação. O julgador lida com a procura da verdade enquanto reconstrução histórica das situações de fato narradas pelas partes. Essa reconstrução ocorre de modo probabilístico, aproximativo, possível, relativo e dialético, porquanto os raciocínios jurídicos são dialéticos, conducentes ao provável, ao verossímil (MANZANO, 2008, p. 2).

Debruçando o olhar com mais acuidade sobre o tema, percebe-se que “a verdade processual, pois, não é espelho da realidade e a atividade recognitiva avivada no processo é um mecanismo de “bricolagem singular”, entendido, como em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito.” (ROSA, 2013, p. 97).

A atuação jurisdicional busca averiguar como os fatos ocorreram e, tendo elementos verossimilhantes, concretiza-se num veredito que carrega uma verdade processual, que se pretende aproximar, dentro do possível, da verdade fática ocorrida.

Assim, como princípio processual básico, tem-se o fato de que a verdade não existe, mas é construída por uma decisão que advém da análise dos fatos e provas sustentados retoricamente dentro de um sistema normativo da comunidade jurídica (PERELMAN *apud* BITTAR, 2016).

Considerações finais

No processo penal, cabe ao julgador apreciar a pretensão punitiva deduzida pelo acusador, acolhendo-a ou rejeitando-a. Para tanto, faz-se necessário tentar demonstrar a veracidade dos fatos imputados ao réu.

Essa tentativa de esclarecer como ocorreram os fatos, como busca da verdade, encontra limitações de várias ordens, desde óbices legais e constitucionais quanto à produção da prova, até fatores de ordem psicológica, que impedem uma reprodução exata do que ocorreu no terreno dos fatos.

Essas considerações permitem concluir que a verdade obtida no processo penal se consubstancia em verdade processual, como uma verdade possível, atingível, diante da falibilidade das provas e dos participantes do processo (sujeitos processuais).

Verdade processual não como verdade formal, como subverdade, mas como verdade estabelecida no processo, validada pelas regras legais e constitucionais vigentes, e decorrente de um julgamento justo, com garantia dos direitos fundamentais do acusado.

Nessa visão de verdade no processo penal e diante de todas as impossibilidades e óbices relacionados à reprodução fiel da realidade fática que ensejou a lide penal, resta aos sujeitos processuais, em especial ao magistrado, perseguirem a justiça, alicerçando-a não somente no texto legal, mas também nas provas possíveis de serem produzidas, na equidade e na análise crítica do contexto processual.

Referências

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, vol. 2.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Líder, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 875, p. 432-452, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, t. 1.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado de prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller Editora, 2008.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PISTORI, Gerson Lacerda. **Dos princípios do processo: os princípios orientadores**. São Paulo: LTr, 2001.

RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. **Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos**. Revista de Processo. São Paulo, vol. 250, p. 61-90, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

XAVIER, Trícia Navarro. O 'ativismo' do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 33, n. 159, p. 172-197, 2008.

REALIZAÇÃO

CESAF-ESMP
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento
Funcional - Escola Superior do
Ministério Público



ISSN 1984-168X



9 771984 168000