

# ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN  
2317-918X

V. 9, N. 2  
JUL/DEZ 2022

QUALIS  
B2



## sobre a revista

A Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, em circulação desde 2011, é o periódico acadêmico eletrônico semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, cujo objetivo é fomentar e difundir o intercâmbio de conhecimentos das áreas jurídica e afins.

Acesso eletrônico livre pelo portal <https://revistas.ufpi.br/>. Avaliado no estrato B2 pela Qualis / CAPES (2017).

Solicita-se permuta.  
Pídese canje.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.  
We ask for exchange.  
Wir bitten um austausch.

ARQUIVO JURÍDICO  
Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal  
do Piauí  
Periódico acadêmico oficial do Programa de Pós-  
Graduação em Direito da UFPI  
ISSN digital 2236-1766  
<https://revistas.ufpi.br/>

## equipe editorial

**Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva**

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Editor-chefe

**Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos**

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

**Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa**

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

# equipe editorial assistente

**Elayne Kallyne Braga da Silva Sobral**

Mestranda em Direito do PPGD/UFPI

**Franck Sinatra Moura Bezerra**

Mestrando em Direito do PPGD/UFPI

**Samille Lima Alves**

Mestranda em Direito do PPGD/UFPI

# conselho editorial

**Dra. Alessandra Mizuta de Brito**

Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

**Dr. Alexandre Araújo Costa**

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

**Dr. Alexandre Bernardino Costa**

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

**Dr. Álvaro Filipe Oxley Rocha**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

**Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

**Dr. Carlos Alberto Molinaro**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

**Dra. Catarina Santos Botelho**

Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal

**Dra. Caterine Gonçalves Acioli**

Centro Universitário Cesmac, Maceió, Alagoas, Brasil

**Dr. Ingo Wolfgang Sarlet**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

**Dr. Jorge Trindade**

Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

**Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil

**Dr. Menelick de Carvalho Netto**

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil



# SUMÁRIO

---

<i>O ACÚMULO DA INFLAÇÃO E A DEFASAGEM DO IMPOSTO DE RENDA: REGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA</i>	<i>11</i>
<i>Hugo Thamir Rodrigues Ben Hur Figueiredo Botelho</i>	
<hr/>	
<i>A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UM PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL JUDICIAL</i>	<i>25</i>
<i>Antonio Carlos Pantoja Freire Heraldo Berthollet Lobato Grana</i>	
<hr/>	
<i>DA COMPOSIÇÃO AO RECONHECIMENTO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS</i>	<i>43</i>
<i>Diego Chagas de Souza João Vitor Sangiacomo Meira Lima</i>	
<hr/>	
<i>LIMITES PARA O CONTROLE DE ARMAS: A CAC ENQUANTO ESTRUTURA PARA GOVERNANÇA TECNOLÓGICA</i>	<i>65</i>
<i>Pedro Lyrio Verissimo Nery</i>	
<hr/>	
<i>ELEMENTOS ESSENCIAIS E ACIDENTAIS DA UNIÃO ESTÁVEL NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOCTRINA BRASILEIRAS</i>	<i>89</i>
<i>Tereza Cristina Monteiro Mafra Marcela Maria Barbosa Dell'Amore</i>	
<hr/>	
<i>O CONTROLE DA DESPESA PÚBLICA COM PESSOAL NO DIREITO BRASILEIRO: PANORAMA NORMATIVO RECENTE</i>	<i>107</i>
<i>Leandro Maciel do Nascimento</i>	
<hr/>	
<i>REFORMA TRABALHISTA E SAÚDE DO TRABALHADOR: IMPACTOS DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO</i>	<i>129</i>
<i>Francisco Meton Marques de Lima Zoraíma Meneses Brandão</i>	
<hr/>	
<i>A PENSÃO POR MORTE DO MENOR SOB GUARDA E O EMBATE ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO</i>	<i>149</i>
<i>Brunna Barros Carvalho Martins Raul Lopes de Araújo Neto</i>	

---

<i>O PAPEL DO MÉDICO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO NO PROCEDIMENTO DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA FEMININA</i>	<i>161</i>
<i>Caroline de Carvalho Leitão Hidd Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima</i>	
<hr/>	
<i>O ACESSO À ENERGIA ELÉTRICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL</i>	<i>183</i>
<i>Paulo Henrique Carvalho Almeida Sebastião Patrício Mendes da Costa</i>	
<hr/>	
<i>A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB O ASPECTO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO</i>	<i>201</i>
<i>Maria Claudia Almendra Freitas Veloso Olivia Brandão Melo Campelo Lilia Martins Vilarinho Brandão de Pádua</i>	
<hr/>	

# O ACÚMULO DA INFLAÇÃO E A DEFASAGEM DO IMPOSTO DE RENDA REGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA

---

## Hugo Thamir Rodrigues

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Professor do PPGD da UNISC – Doutorado e Mestrado. Coordenador do grupo de pesquisa “Direito tributário e políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social”, vinculado ao PPGD da UNISC. Membro (subcoordenador) do Conselho de Ética na Pesquisa (CEP) da UNISC. Membro do Comitê de Ética no Uso de Animais (CEUA) da UNISC. Membro do Conselho Editorial da Edunisc. Professor do Curso de Direito (graduação) da UNISC. Advogado.

## Ben Hur Figueiredo Botelho

Mestrando em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-graduado em Direito Tributário IBRA Educacional. Pós-graduado em Direitos Humanos e a Diversidade Sócio Econômica IBRA Educacional. Pós-graduando em Docência do Ensino Superior IBRA Educacional. Advogado. Membro do grupo de pesquisa “Direito tributário e políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social”, vinculado ao PPGD da UNISC.

---

**Resumo:** Pretendeu-se, por meio da presente pesquisa, observar de que maneira a defasagem na tabela do Imposto de Renda Pessoa Física, comparado às altas na inflação no ano de 2020, em especial por conta do aumento nos valores dos itens de consumo, podem interferir na capacidade aquisitiva das pessoas, gerando, dentro de um estado que busca por meio da capacidade contributiva auferir tributos, regressividade tributária.

**Palavras-chave:** defasagem imposto de renda; alta inflação; capacidade contributiva; regressividade tributária.

*Submetido em 29 de abril de 2021. Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1 INTRODUÇÃO

Sabemos, e para isso não se fazem necessários dados técnicos, que o Estado brasileiro, a República Federativa do Brasil, adota já em seus princípios constitucionais, ou seja, em suas bases de regência da república, a busca, por meio da materialização das normas pátrias, da redução da marginalização social, ou seja, o estado propulsionará por meio de suas ações, o alcance do mínimo existencial à sua população.

Todavia, para que isso seja possível, não diferente de outros estados, e não diferente daquilo que sempre se instituiu para manutenção de um poder, seja tirano, soberano ou democrático, o pagamento de impostos, absorvidos pelo ente estatal, qual deve vir, preferencialmente, de todos os sujeitos, sendo de forma indireta, na aquisição de bens de consumo e serviços, seja de forma direta, por meio de descontos na renda, como é o que acontece com o Imposto sobre a renda.

Todavia, para que o estado mantenha um equilíbrio nessa cobrança, materializando uma das formas de justiça fiscal, que os contribuinte arquem de acordo com as suas possibilidades [capacidade contributiva], necessário que os ganhos sejam, também, reais, assim como os aumentos, o que infelizmente se verifica inócuo no presente caso, eis que a partir do momento em que a taxa de inflação, pelo aumento considerável nos produtos de uso comum, como alimentos, cresce consideravelmente, passa a ser um propulsor da desigualdade social, tendo em vista que, com a defasagem na tabela do imposto sobre a renda, contribui-se para que cidadãos percam capacidade contributiva, eis que obrigados a contribuir como se obtivessem lucros reais, quando na verdade só apresentam um excesso de contribuição e uma falta de valor real para aquisição de bens e serviços.

Logo, o ponto nevrálgico que o presente artigo investiga, uma vez que, dada a defasagem na tabela do imposto sobre a renda e o aumento, constante e repetitivo, nos itens de primeira necessidade [arroz, feijão, ovo, carne], portanto, necessários para manutenção do mínimo existencial, se o estado brasileiro, adotante de um estado de bem-estar social, em sua formalidade constitucional, não está, contrário ao que se objetiva estruturalmente, florescendo para materialização de uma república da regressividade tributária, tendo em vista que a capacidade contributiva está sendo esgotada a partir do momento em que não se concebem mais, apenas os lucros reais, para descontar o imposto sobre a renda.

## 2 INFLAÇÃO, ACÚMULO E A DEFASAGEM NA TABELA DO IRPF<sup>1</sup>

Consoante dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o ano de 2020 não marcou, apenas, por ser o ano da Pandemia oriunda da Covid-19, mas, também, como o ano em que a inflação fechou com alta de 4,52%, o que indica, de acordo com instituto, a maior alta desde 2016<sup>2</sup>, dados, esses, baseados no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. (IBGE, 2021)

Ainda, e talvez mais alarmante, considerou que o mês de dezembro de 2020 alçou, considerando índices de dezembro de 2002 [2,10%]<sup>3</sup>, a maior aceleração da inflação, com reajustes de 1,35% sobre o acumulado, impactando, consideravelmente, os valores do IPCA, por conta das altas nos preços de alimentos e bebidas, reajustes que chegaram a 14,09% em 2020, contribuindo, com isso, em 2,73% sobre a taxa inflacionaria geral de 4,52%. (IBGE, 2021) (GAZ, 2021)

Tudo bem, mas na prática o que aconteceu? Simples, vejamos: seu poder de compra, por conta da inflação e das altas nos produtos e utensílios de primeira necessidade, como arroz, feijão, ovo, carne, entre outros itens essenciais, baixou drasticamente e, atrelado a isso, a defasagem do imposto em relação aos acúmulos inflacionários, ou seja, a contribuição de IRPF [“acumulada nos últimos 24 anos”], na prática aumentou, ou melhor dizendo, distanciou, chegando a uma diferença de 113%, isso porque, em 24 anos, “somente em 2002, 2005, 2006, 2007 e 2009 a correção da tabela ficou acima da inflação, sendo que a última atualização aconteceu em 2015.” (GAZ, 2021).

Ilustrando, isso quer dizer que, consoante o SINDIFISCO [Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil], sendo as faixas de cobranças de imposto de renda corrigidas, trabalhadores com a renda de até R\$4.000,00 (quatro mil reais) mensais não precisariam recolher IRPF, uma vez que as altas inflacionárias, advindas do aumento dos nossos produtos essenciais à sobrevivência [arroz, feijão, carne, ovo etc.], não foram acompanhadas por aumentos salariais a ponto de sua diferença chegar em 113%, fazendo com que contribuíssemos muito mais do que realmente ganhamos para manutenção do mínimo existencial.

O SINDIFISCO, ainda, por meio de tabela ilustrativa, demonstra as aviltantes diferenças se estivéssemos com ajustes concomitantes entre descontos do IRPF e índices de inflação, vejamos:

---

<sup>1</sup> Imposto de Renda Pessoa Física.

<sup>22</sup> Quando fechou em 6,29%. (IBGE, 2021)

<sup>3</sup> Maior alta histórica recente.

Logo, há de se observar que os acúmulos inflacionários, quando comparados aos índices de aplicação sobre o IRPF, perfazem caminho diverso do proposto por meio do princípio da capacidade contributiva<sup>1</sup>, mediante impostos progressivos, que buscam auferir tributos de maneira a obter maior prestação tributária por parte daqueles que melhores condições financeiras tem, em detrimento daqueles que possuem menores condições, eis que, apenas assim, estar-se-á ao encontro do que os princípios que regem o Estado brasileiro, por meio da Constituição Federal, indicam como sendo objetivos fundamentais da República, em especial o exposto no art. 3º, III, qual seja: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” (BRASIL, 1988).<sup>2</sup>

Simulação de valores (em R\$)

Renda mensal tributável	Valor mensal do IR pela tabela atual	Valor mensal do IR se tabela fosse totalmente atualizada	Diferença (em %)
4.022,89	269,02	isento	-
5.000,00	505,64	73,28	589,98
6.000,00	780,64	150,35	419,20
7.000,00	1.055,64	300,35	251,46
8.000,00	1.330,64	450,35	195,47

Fonte: Sindifisco

Inclusive, já fora objeto, por propositura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, registrada sob o nº 5096, meio pelo qual o CFOAB pleiteou que a correção da tabela para o ano-calendário de 2013 refletisse a então indicada defasagem de 61,24%, sobreposta desde 1996, bem como reconhecimento acerca da necessidade de atualização da tabela pelo IPCA, considerando que a correção da tabela do IRPF em percentual inferior ao relativo à inflação do respectivo período “viola diversos comandos constitucionais, como o conceito constitucional de renda (CF, art. 153, III), a capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º)” além de ir de encontro “a vedação ao confisco (CF, art. 150, IV), a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.”; todavia, o STF não reconheceu, arguindo que “não cabe ao Poder Judiciário

<sup>1</sup> O princípio da capacidade contributiva significa: todos devem pagar impostos segundo o montante da renda disponível para o pagamento de impostos. Quanto mais alta a renda disponível, tanto mais alto deve ser o imposto. Para contribuintes com rendas disponíveis igualmente altas o imposto deve ser igualmente alto. Para contribuintes com rendas disponíveis desigualmente altas o imposto deve ser desigualmente alto.” (Tipke e Yamashita, 2002, p.31)

<sup>2</sup> “No caso do IR-Pessoa Física, quem, com efeito, tem rendimentos mais expressivos deve ser proporcionalmente mais tributado, por via de imposto sobre a renda, do que quem tem rendimentos menores.” (Carrazza, 2019, p. 107).

realizar a correção monetária da tabela progressiva do imposto de renda na ausência de previsão legal nesse sentido.” (BRASIL, 2019, pp.01/02)

Ocorre que, ao que se observa, contrário não se objetiva e nem seria fundado demonstrar neste que, o STF ao julgar a ADI nº 5096, mesmo não reconhecendo sua matéria, não tornou inócuo o comando constitucional que imprime a necessidade de normas adjacentes à modificação e/ou interpretação de questões de natureza tributária, uma vez que o Estado necessita recursos para proteção da sua relação com os indivíduos, haja vista que, os últimos, por meio da prestação tributária, garantem que o ente público exercerá comandos que, não só impeçam que o mínimo existencial chegue apenas para poucos, mas, e principalmente, que potencialize ações e políticas públicas que garantam acesso de todos (Machado, 2011)<sup>1</sup>; ou seja, está em nós a obrigação de pagar impostos para, de modo recíproco, o Estado cuidar do bem-estar de todos, criando uma espécie de relação jurídica de reciprocidade prestacional – “toma lá, dá cá!”. (Harada, 2003, pp. 297/298).<sup>2:3</sup>

Ainda, importante compreender que esses tributos podem ser compelidos pela via direta, o que acontece, por exemplo, quando cobrado o IRPF, que é descontado diretamente dos salários dos sujeitos, dado percentual indicado na tabela<sup>4</sup> do IRPF, ou indireta<sup>5</sup>, tributos embutidos nos preços pagos na compra de alimentos, bebidas, itens de consumo, que ao pagarmos valor X, não restam claros e evidentes valores Y, Z, A – responsáveis pela menor gerência do estado na utilização de instrumentos de equilíbrio fiscal-social -, o que nos indica, de início, que os impostos diretos, como o IRPF, espelham melhor a realidade contributiva, eis que trazem a clarividência

---

<sup>1</sup> “O papel do Estado em relação aos direitos não cessa diante do estabelecimento para toda a sociedade de um patamar básico de vida, indo, é claro, além, no sentido de que a responsabilidade estatal é estabelecer o mínimo existencial, mantê-lo e, ainda, oferecer oportunidades a todos os indivíduos, para que eles possam potencializar suas liberdades.” (Siqueira, 2009, p.119).

<sup>2</sup> “O dever de pagar tributos faz parte do rol de deveres humanos que devem ser atendidos pelas pessoas em relação a si próprias, à sua sociedade e às gerações futuras. [...] Então, tem-se um ciclo: a realização de certos direitos depende de algumas prestações estatais, que, por sua vez, dependem, pelo menos em parte, do cumprimento de deveres pelos indivíduos, especificamente do dever de pagar tributos.” (Siqueira, 2009, p.117).

<sup>3</sup> “Deve ficar claro que, em não sendo dono dos meios de produção, o Estado é mero intermediário entre o que arrecada e o que gasta. Deve ficar claro que, sempre que alguém pede algo ao Estado, este alguém o está pedindo ao restante da sociedade (e um pouquinho a si mesmo). Quem ganha algo do Estado, seja pessoa natural ou jurídica, seja pobre seja rico, não ganha do Estado, ganha da sociedade que financia as ações estatais.” (RODRIGUES, 2019)

<sup>4</sup> Tabela de observação anual. “**1ª faixa** - até R\$ 22.847,76 – Isento; **2ª faixa** - de R\$ 22.847,77 até R\$ 33.919,80 - 7,5% - R\$ 1.713,58; **3ª faixa** - de R\$ 33.919,81 até R\$ 45.012,60 - 15% - R\$ 4.257,57; **4ª faixa** - de R\$ 45.012,61 até R\$ 55.976,16 - 22,5% - R\$ 7.633,51; **5ª faixa** - acima de R\$ 55.976,16 - 27,5% - R\$ 10.432,32”. (Contábeis, 2021) [grifos meus]

<sup>5</sup> “O perfil regressivo do sistema tributário brasileiro se expressa no fato de que os setores de menor renda são os que mais pagam impostos; os de maior renda são os que menos pagam. Isso se deve em grande parte a um fator estrutural do sistema tributário: mais da metade da receita tributária provém de impostos indiretos, ou seja, do consumo, e não no patrimônio ou na renda. A alíquota desse imposto indireto, embutida nos bens e serviços, é a mesma, para os super-ricos e os muito pobres.” (SCHMIDT, 2020, p.113).

que o sujeito que ganha X terá Y descontado, contrário do indireto, conforme exposto (Ananias, 2008).

Contudo, para que se obtenha justiça tributária, necessário observar, conforme lecionam TIPKE e YAMASHITA (2002), que “O princípio da capacidade contributiva é um princípio de valor real, e não nominal. [...] Segundo o princípio da capacidade contributiva deve-se adotar como critérios os rendimentos reais (lucro real, juros reais)”, o que acaba por não ser um requisito preenchido para tanto quando estamos diante de índices inflacionários advindos de elevadas altas nos valores de itens de manutenção da condição da dignidade humana, como no caso dos alimentos, cuja constante elevação de valores pressupõe menores condições dos sujeitos para prestação de sua contraparte ao Estado por meio dos tributos descontados pela via do IRPF (p.34).<sup>1</sup>

E diferente não é a concepção de outros tantos tributaristas, como, por exemplo, Hugo de Brito Machado Segundo<sup>2</sup>, Roque Antônio Carrazza<sup>3</sup>, Leandro Paulsen<sup>4</sup> e Fábio Canazaro que, por sua vez, manifesta que a capacidade contributiva “apresenta-se como um critério de comparação, garantindo a igualdade horizontal e a igualdade vertical, em relação à graduação do ônus de alguns tributos”. Afirmando que a “igualdade horizontal é promovida por meio da edição de lei que estabeleça tratamento equânime para contribuintes que possuam a mesma capacidade para suportar o encargo fiscal”, uma vez que a “igualdade vertical é promovida por meio da edição de norma que estabeleça tratamento diverso para contribuintes com capacidades diversas” (Canazaro, p.153, 2015).<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Veja bem, aqui não estamos nem sequer relacionando as altas nos preços dos combustíveis que, só no ano de 2021, ou seja, nos últimos 73 dias, já tiveram seu 6º reajuste. Sim, subiu 1 (uma) vez, em média, a cada 12 dias. E sabemos que o transporte é fator concomitante a qualquer ajuste nos valores dos bens de consumo, o que nos indica maior, ainda, defasagem no lucro real dos sujeitos que dependem de transporte para exercício do seu labor. (CNN BRASIL, 2021)

<sup>2</sup> “Observância “sempre que possível” – O “sempre que possível” a que se refere o § 1º do art. 145 da CF/88 não significa que o atendimento aos citados princípios (pessoalidade e capacidade contributiva) dependa da vontade ou da simpatia do legislador ou do intérprete, ou das “circunstâncias” econômicas, mas sim que os mesmos são metas, ou diretrizes, que devem ser prestigiadas com máxima efetividade possível à luz das demais regras e princípios do ordenamento jurídico. Os limites à sua aplicação são fornecidos pelo próprio direito, e não pela boa vontade do legislador ou do aplicador da lei. Sempre que possível, portanto, significa “na máxima medida possível”, o que é inerente a todo princípio, sob a ótica da classificação que reserva essa nomenclatura às normas que prescrevem a promoção de um estado ideal de coisas, ou promoção de certos fins ou valores.” (Machado Segundo, 2018, p.109).

<sup>3</sup> “[...] quem tem poucos rendimentos, apenas suficientes para sobreviver (digamos, ganha o salário mínimo), está imune a tal tributação. Por quê? [...] ganha o mínimo indispensável para manter-se e a seus familiares. Sendo assim, não tem capacidade contributiva e nada lhe pode ser retirado, nem mesmo a título de imposto sobre a renda.” (Carrazza, 2019, p. 107).

<sup>4</sup> “Decorre desse princípio, basicamente, que o Estado deve exigir das pessoas que contribuam para as despesas públicas na medida da sua capacidade econômica, de modo que os mais ricos contribuam progressivamente mais em comparação aos menos providos de riqueza” (Paulsen, 2019, p.74).

<sup>5</sup> Imaginemos que contribuintes que auferem renda para comer o básico, como arroz e feijão não possam ter o mesmo tratamento tributário daqueles que tem condições de comer churrasco com carnes de primeira; longe de

E conforme lecionam, ainda, TIPKE e YAMASHITA (2002), especial atenção devemos dar à possibilidade da aferição da capacidade contributiva quando se está diante de índices que indicam a alta da inflação, haja vista a necessidade de se compreender que o custo de vida, calculado pela moeda, perde valor, sendo o valor real, naturalmente, diminuído sobre os quantitativos, o que, automaticamente deforma a real capacidade contributiva dos indivíduos, além de que, “O princípio da capacidade contributiva protege o mínimo existencial. Enquanto a renda não ultrapassar o mínimo existencial não há capacidade contributiva.”, sendo que “O Estado não pode, como Estado Tributário, subtrair o que, como Estado Social, deve devolver” (p.34).

O que nos aciona pensar, dentro desses moldes concretos, que proceder descontos de IRPF consoante altas inflacionárias advindas da sobrecarga de produtos que constituem essencial à mínima qualidade de vida dos sujeitos - senão trágico, de sobrevivência dos sujeitos – dever de um Estado de bem-estar social, ou Aquele que deve dar sua contrapartida para manutenção do mínimo existencial capacitor da dignidade humana – que “subtrair” tributos de quem não consegue atingir os índices que indicam lucro real de renda, aspira noção teratológica, ou minimamente contraditória ao que se espera do imposto progressivo em um Estado que estabelece diretrizes de justiça tributária. Muito pelo contrário, demonstra, aí sim, uma regressividade tributária por parte daquele que deve administrar o mínimo existencial.

Conforme CARRAZZA (2005, p.44) “o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza só pode alcançar os acréscimos patrimoniais (das pessoas físicas ou jurídicas) [...] que tenha por origem o capital do contribuinte”, não sendo passível, dentro do campo do direito tributário, que renda e proventos sejam sinônimos à economia – considera qualquer acréscimo patrimonial -, a fim de que a tributação permeie os preceitos constitucionais, que objetivam, como já expusemos, a manutenção e promoção da dignidade humana e o mínimo existencial, bem como da não-confiscatoriedade.

### 3 A REGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA

Para trabalharmos uma ideia de regressividade, precisamos conceber, antemão, acerca da progressividade dos impostos, ou melhor, da possibilidade de que, conforme já exposto, pague mais tributos aquele/aquela que, de acordo com a sua capacidade financeira, obtenha mais lucros reais, ou seja, que, passados os valores necessários para manutenção satisfatória da vida, com

---

nós piorar os últimos, embora seja extremamente necessário visualizar como deve agir o Estado, na linha de Canazaro (2015), quando está diante da busca pela igualdade tributária vertical.

alimentos, transporte, saúde, educação, dada percepção daquilo que é necessário<sup>1</sup>, poderá contribuir mais. Seria essa uma primeira e simples hipótese de progressividade tributária, tem mais, paga mais – não é altruísmo, é contrapartida.

Até o final do século XIX, início XX, três eram as teorias econômicas pré-estabelecidas para conceber de que maneira iria se tributar mais de quem tem mais ou menos de quem tem menos – “justiça-fiscal” -, a fim de adequar e gerar equilíbrio nesta equação que, querendo ou não, trabalha o princípio da dignidade humana, sendo elas: a) sacrifício igual, onde ambos tem a mesma baixa em seu bem-estar, ou seja, não se vislumbra o quanto se manterá, mas até onde suporta perder, o que contraria, de início, o que compreendemos no direito tributário pátrio como justiça fiscal para propulsão do bem-estar comum, eis que leva à regressividade tributária (Murphy *et al*, 2005); b) sacrifício proporcional, onde também estávamos diante de possível regressividade tributária, afinal de contas, nada mais era que proporcional à expressão de riqueza, ocorre que, 5% sobre 10mil acaba por ser muito mais sacrificante que os mesmos 5% sobre 100mil, uma vez que, o último, provavelmente sofrerá menos as perdas advindas da sua contribuição que o primeiro (Santos, 2003); e, por fim, c) sacrifício mínimo, onde se objetivava, segundo UCKMAR (1976, p.78), “a conveniência da distribuição de impostos do ponto de vista da coletividade”, a fim de atingir o mínimo sacrifício do grupo.

Todavia, o próprio UCKMAR, observa que as teorias estavam desacreditadas, uma vez que elas impunham “comparação da utilidade relativa a diversos indivíduos, ou então, da mensuração da utilidade para uma mesma pessoa, com uma precisão que não se pode, de forma alguma, considerar razoável.”, complementando que “é absolutamente impossível exprimir qualquer juízo sensato sobre a capacidade dos indivíduos” (1976, p.79), motivo pelo qual, justifica-se como melhor forma de atribuir capacidade tributária o princípio da progressividade hodiernamente adotado, haja vista mais apto para um tratamento isonômico por parte do estado, tendo em que vista esse deve ser o princípio que balizará a aplicação das normas.<sup>2</sup>

Diferente não é o entendimento de PIKETTY (2014, p.484) acerca, por observar que “o imposto progressivo [...] desempenha um papel fundamental em seu desenvolvimento e na transformação da estrutura da desigualdade no século XX, constituindo uma instituição central para garantir sua viabilidade no século XXI”, muito embora, vislumbre que em pleno século XXI corra riscos, eis que a matéria da progressividade tributária não é amplamente debatida, dando

---

<sup>1</sup> Aqui não ousamos realizar comparativos entre aqueles que se alimentam de escargot e andam de Ferrari, em relação àquele que come arroz, feijão e carne e anda em um carro popular.

<sup>2</sup> Cá pra nós, o princípio da igualdade não deve ser compreendido apenas como uma ideia, ou melhor, uma proposta da norma constitucional a fim de alçar seus objetivos, mas, conforme manifesta BORGES (1995), é o princípio que dá base aos demais, ou seja, “é a própria Constituição”.

azo para compreensões e objeções diversas à sua vontade, como o caso do imposto de renda não acompanhar a inflação e gerar possível regressividade tributária.

Ao encontro, conforme leciona CONTI (1997, p.74), “um aumento na contribuição menos que proporcional ao aumento na renda leva ao que se pode denominar de tributação regressiva, ou seja a relação [...] econômica é decrescente com o aumento na capacidade” do contribuinte, quer dizer, aí, teremos falta de capacidade contributiva em vista da possibilidade de auferir renda real restar prejudicada em vista do excesso de prestação tributária ao estado, ou seja, imaginemos uma simples balança onde, por óbvio, objetivamos o equilíbrio. Aqui, diferentemente, estamos diante de dois pesos e duas medidas, uma vez que, o equilíbrio estaria em baixar a balança do lado que tem mais peso e, naturalmente, subir onde está mais leve – o fardo mais leve daquele que melhores ganhos têm -, o que, na nossa tradução, seria pagar mais tributos quem tem mais peso de moeda, não o contrário.

CARRAZZA (2002, p.611), observa que renda tributável é aquela auferida a partir das “disponibilidades de riqueza nova, vale dizer, acréscimos patrimoniais experimentados pelo contribuinte num dado período”, indo ao encontro da norma constitucional [CF/1988], que em seu art. 153, III, prevê que a União instituirá “...imposto sobre: [...] renda e proventos de qualquer natureza;” instrumentalizado por meio do Código Tributário Nacional, que em seu art. 43, diz ser “a) renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e b) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda”, o que clarividencia que, a partir do momento em que estamos tributando em cima daquilo que não está por ser acréscimo patrimonial, estamos diante de uma incapacidade financeira de arcar com impostos, portanto, atingindo ponto de regressividade (BRASIL, 1988) (BRASIL, 1966).

E mais, consoante VELOZO (2012), não basta, simplesmente, observar “tem capacidade contributiva, tudo bem”, mas que se verifique o que o autor denomina de um “plus” na capacidade, ou melhor, um indicador de que, impondo determinado valor a ser contribuído para a Receita, não deixará de propiciar seu mínimo existencial, sendo a capacidade econômica fator relevante para configuração dos tributos, sem o qual, não há que se falar em “dignidade da pessoa humana, proteção à propriedade, à família, à liberdade econômica etc.”, exigindo que a imposição tributária se guie por critérios que denotem, efetivamente, uma capacidade contributiva. (Veloze, 2012, p.68).

Ocorre que o Brasil comporta em seu histórico uma das maiores cargas tributárias indiretas que, conforme trabalhamos ao longo do texto, está atribuída ao valor dos bens de

consumo, serviços entre outros, indo de encontro a países de economias desenvolvidas, chegando ao ponto de ser uma contraprestação excessiva e comprometedora à compra do mínimo existencial, base de mais de 50% da arrecadação brasileira, em uma contramão aos países desenvolvidos em que, a tributação sobre imposto direto, que é o caso do IRPF, que concebe maior qualidade de observação da capacidade contributiva, passa de 2/3 da arrecadação total (RODRIGUES; OLIVEIRA, 2017), o que deveria ser simples compreender quando se está diante da supra referida busca do equilíbrio fiscal, uma vez que, nos impostos diretos, como já abordamos, fica claro o quanto se descontará de quem, tornando-se medida pública de eficiência da autoridade estatal, diferente, dos impostos indiretos que atingem a todos, de igual forma – paga os mesmos impostos sobre o pão, sendo rico ou pobre.

Quer dizer, no Brasil, temos uma das maiores arrecadações em impostos de forma indireta, ou seja, por meio do pagamento de tributos que estão acoplados aos valores dos bens e serviços (IPI, ICMS, ISS) e, não bastasse isso, que faz com que os produtos materializem a desigualdade social, tendo em vista que muitas pessoas, em especial a classe pobre e média, não tenham acesso a todos esses bens e serviços, naquele imposto que deveria ter por natureza a cobrança direta, baseada na capacidade do sujeito em contribuir mais por ganhar mais, em lucros reais, a defasagem, ou seja, a diferença entre o crescimento da inflação e a estagnação salarial geram, ainda outra barreira para equilíbrio e justiça-fiscal, tendo em vista que o poder de compra acaba não sendo barrado apenas pelos altos tributos cobrados nos bens de consumo, mas pela impossibilidade de comprá-los por algo ainda primário à prateleira do mercado, que é o capital, confiscado pela majoração do imposto de renda descontado da pessoa física, gerando não um equilíbrio fiscal por base na sua capacidade contributiva, mas uma regressividade tributária.

A partir deste momento, não temos nem mesmo uma justiça-fiscal formal, pois a norma administrativa que não modifica a defasagem da tabela do IRPF por base nos índices de inflação, não materializa, nem de longe, o tratamento igualitário fiscal esperado por um estado isonômico e propulsor da igualdade, sendo que, sequer, concebemos justificativas que façam ser compreensiva a alta tributação nas vias indiretas e diretas dentro do estado brasileiro, haja vista que os contornos sociais indicam uma contínua e severa desigualdade social.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> "Justiça material exige orientação por princípios. Violações de princípios justos à matéria necessitam de justificativa especial por um outro princípio de pelo menos igual valor. A violação injustificada de um princípio leva a um privilégio ou a uma discriminação." (Tipke; Yamashita, 2002, p.20)

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que, por mais que estejamos diante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – não há menciona à toa -, considerada a constituição de maior relevância para o combate à desigualdade social, principalmente no que toca à tributação de seu povo – preservando a desoneração tributária daqueles que menos condições financeiras tem -, ainda não atingimos níveis de materialização de suas normas, eis que as altas inflacionárias, advindas dos altos preços nos itens e serviços de bens e consumo, não acompanhadas pelas altas reais nos ganhos, isso, também, por conta da defasagem nas tabelas do imposto de renda, onde até mesmo quem não obtém reais lucros contribui como se o tivesse, acaba por desfazer qualquer ideia de justiça fiscal idealizadora do bem-estar de todos.

Quer dizer, diante da defasagem na tabela do imposto de renda, onde a diferença do ganho real e os acúmulos inflacionários chegam ao patamar de 113% na sua ordem, distanciamos os objetivos da erradicação da pobreza e validamos o princípio repugnado pela norma tributária e constitucional que é a regressividade tributária, uma vez que, mantida a defasagem, os tributos ultrapassaram, ou melhor, continuarão ultrapassando seus limites de desconto e invadiram a seara do mínimo existencial, auxiliando para o aumento da desigualdade social, ao invés de propiciar real equilíbrio entre os cidadãos, por meio de uma eficaz e real justiça fiscal.

## REFERÊNCIAS

ANANIAS, Patrus. *Os impostos e o princípio da solidariedade*. Disponível em: <http://www.fetecpr.org.br/os-impostos-e-o-principio-da-solidariedade/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 de mar. 2021

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 21 de mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5096*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339575601&ext=.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021.

BORGES, José Souto Maior. *A isonomia tributária na Constituição Federal de 1988*. Revista de Direito Tributário, São Paulo, n. 64, p. 8-17, 1995.

CNN BRASIL. *Petrobras anuncia 6º reajuste no ano, alta de 8,8% na gasolina e 5,5% no diesel*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/03/08/petrobras-anuncia-novo-aumento-nas-refinarias>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: Igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.

IBGE. *Inflação acelera em dezembro e chega a 4,52% em 2020, a maior alta desde 2016*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29871-inflacao-acelera-em-dezembro-e-chega-a-4-52-em-2020-a-maior-alta-desde-2016>. Acesso em: 18 fev. 2021.

GAZ. *Inflação de alimentos e bebidas em 2020 foi a mais acentuada desde 2002*. Disponível em: [http://www.gaz.com.br/conteudos/geral/2021/01/12/175197-inflacao\\_de\\_alimentos\\_e\\_bebidas\\_em\\_2020\\_foi\\_a\\_mais\\_acentuada\\_desde\\_2002.html.php](http://www.gaz.com.br/conteudos/geral/2021/01/12/175197-inflacao_de_alimentos_e_bebidas_em_2020_foi_a_mais_acentuada_desde_2002.html.php). Acesso em: 18 fev. 2021.

GAZ. *Com inflação de 2020, defasagem do Imposto de Renda chega a 113%*. Disponível em: [http://www.gaz.com.br/conteudos/geral/2021/01/13/175242-com\\_inflacao\\_de\\_2020\\_defasagem\\_do\\_imposto\\_de\\_renda\\_chega\\_a\\_113.html.php](http://www.gaz.com.br/conteudos/geral/2021/01/13/175242-com_inflacao_de_2020_defasagem_do_imposto_de_renda_chega_a_113.html.php). Acesso em: 18 fev. 2021.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. Atualizada de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 32. ed. São Paulo: PC Editorial, 2011.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário* – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003 /.* – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIKETTY, Thomas. *O capital – no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RODRIGUES, A. F. D. O. H. T. A REGRESSIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: subtítulo do artigo. / *Congresso Interinstitucional UNISC/URCA*: Crato/CE, p.16, mar./2017.

Disponível em:

<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ppds/article/download/16449/4096#:~:text=4.1%20A%20regressividade%20do%20sistema%20tribut%C3%A1rio%20brasileiro&text=S%C3%A3o%20diretos%20os%20impostos%20cujo,poder%C3%A1%20ser%20transferido%20a%20terceiros>. Acesso em: 17 mar. 2021.

RODRIGUES, Hugo Thami; SCHMIDT, Marguid; DANIEL, Marli. (Org.). *TRIBUTAÇÃO E MORALIDADE: UMA LEITURA COM LASTROS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA*. Direito Financeiro e Tributário & Políticas Públicas para o Desenvolvimento Social. 1ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019, v. 1, p. 10-23.

SANTOS, J. *Teoria Fiscal*. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003.

SINDIFISCO. *Aumento da inflação agrava a defasagem da tabela do IRPF*. Disponível em:[https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=39108:aumento-da-inflacao-agrava-a-defasagem-da-tabela-do-irpf&catid=44&Itemid=515](https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=39108:aumento-da-inflacao-agrava-a-defasagem-da-tabela-do-irpf&catid=44&Itemid=515). Acesso em: 4 mar. 2021.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Mínimo Existencial e o dever de pagar Tributos, ou Financiando os Direitos Fundamentais. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 1, n. 1, Ago-Dez. p. 111-133. Curitiba, 2009, p. 119. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/minimoJulio.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

SCHMIDT, J. P. Políticas públicas no Brasil 1930-2018: tensões entre welfare state e estado mínimo. *REVISTA DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS*, v. 19, p. 93-119, 2020. Disponível em: <https://intranet.unifieo.br/legado/edificio/index.php/rmd/article/view/1313>. Acesso em: 14 de mar. 21.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Tributário*. Trad.: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais/ EDUC, 1976.

VELOSO, Andrei Pitten. *Constituição Tributária Interpretada*. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.



# A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UM PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL JUDICIAL

---

**Antonio Carlos Pantoja Freire**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

**Heraldo Berthollet Lobato Grana**

Especialista em Direito processual Civil, Administrativo, Penal e Tributário pela Faculdade Maurício de Nassau (Uninassau).

---

**Resumo:** A exposição desta curta obra tem a finalidade de chamar atenção para a necessidade da construção e efetivação de um princípio anticorrupção no âmbito do processo civil judicial. Para a concretização do conceito de justiça, sendo esta a finalidade do direito, não se pode reduzir e macular os procedimentos e atos processuais com interesses particulares escusos a ponto de se reduzir e flexibilizar excessivamente a ética, a filosofia social e jurídica constitutiva do processo civil e seus atos, é imperioso a criação do princípio da anticorrupção com vistas a frear, estancar este fenômeno social, a corrupção, que assola o processo civil, seus agentes e as partes que utilizam deste instrumento para satisfazer suas súplicas sócias e o tem como garantia fundamental.

**Palavras-chave:** processo e procedimentos judiciais; natureza do processo judicial; agentes judiciais; princípio anticorrupção; moralidade dos atos judiciais; processo como garantia fundamental.

*Submetido em 3 de maio de 2021. Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1 INTRODUÇÃO

Em toda a História, deparamo-nos com o ímpeto do homem em beneficiar-se a si próprio, seu grupo ou classe social em proveito de uma divisão mais favorável dos bens disponíveis. É natural que essa conduta reproduza um sentimento de descontentamento na parte não beneficiada do grupo e, conseqüentemente, ocorram intensos conflitos sociais por meio de guerras e revoluções.

Esses conflitos eram resolvidos por meio das chamadas vinganças privadas que permitiam que as partes executassem uma penalidade inclusive com a morte ou castigos físicos, nos termos a que julgavam de direito, conforme ocorria na época da vigência do Código de Hamurábi e de Manu.

No entanto, na atualidade, o Estado tem o papel de acabar com tais práticas e pacificar os conflitos por meio da substituição da vontade das partes, por meio de um instrumento chamado processo. Para tanto, o Estado se personificará na figura do juiz de direito que proferirá a sua sentença, que consiste na externalização da vontade do Estado.

Acredita-se que uma solução justa pacificará os conflitos e atuará com uma função pedagógica para o agrupamento social. Por isso, a seriedade do julgamento processual não poderá ser contestada ou desacreditada, pois, do contrário o próprio Estado sofrerá com as conseqüências.

Nesse sentido, a corrupção, como um fenômeno social, tem se alastrado no âmbito das relações públicas e privadas, provocando sérios danos no âmbito processual. Os agentes de justiça, tais como juízes, advogados e promotores, que possuem o papel elevado de buscar a justiça passaram a ter sua conduta ética cada vez mais contestada.

Não é raro processos sobre o qual o advogado usurpa o dinheiro do cliente ou ao magistrado que vende a suas sentenças. Todavia, se verá que uma das formas de combate a corrupção é agir de forma preventiva, cabendo nesse cenário em particular, um dever moral de agir e coibir novas práticas de seus pares.

Com isso, objetiva-se no presente artigo a análise da influência da corrupção no âmbito do processo civil e a busca da definição de fronteiras claras para a construção de um princípio anticorrupção.

## 2. SOCIEDADE, MORAL E JUSTIÇA

Pode-se afirmar que o homem é um ser eminentemente social, que depende da existência de critérios de organização social para que os bens indispensáveis à sobrevivência sejam, de fato, distribuídos de uma forma justa. Daí o interesse na concretização da Justiça, palavra originária do latim *lat justitia* e que significa a virtude em dar ou deixar a cada indivíduo o que lhe pertence por direito.

A concretização da justiça exige a igual consideração, universalidade e imparcialidade que impõem a obrigação de justificação das vantagens entre os indivíduos. Esse cenário de compreensão das razões que levam à diferença também contribui para a promoção da igualdade como valor.

Segundo Miguel Reale Júnior, a concepção do direito como experiência histórico-cultural;

nos dá consciência de que o direito não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido de um determinado momento da história, é um fruto maduro de sua experiência multimilênar<sup>1</sup>.

Para Kauffman, a ideia de Direito, como sendo o mais elevado valor, é a justiça. Dessa forma, a Justiça passa a ser um conceito fundamental irreduzível da ética, da filosofia social, da vida política, social, religiosa e jurídica<sup>2</sup>. Assim é que se pode perceber que o direito possui a finalidade de alcançar a justiça por meio de um equilíbrio entre o bom e o justo.

Em termos práticos, o direito passou a cumprir a função de protetor da ordem social mediante a técnica de formulação de normas, que são medidas de valor da conduta social cuja aplicação está condicionada à verificação dos pressupostos de fato previstos na fórmula normativa. Reconhece-se que o equilíbrio e o desenvolvimento social só ocorrem com a obrigatoriedade da observância dessas regras jurídicas.

Em outros termos, toda sociedade organizada e estruturada em forma de Estado disciplina o convívio de seus cidadãos por meio da construção de um ordenamento jurídico que deve ser obedecido para que haja paz e harmonia na comunidade. Essa posição, firmada a partir de fundamentos contratualistas<sup>3</sup>, estabelece que entre os membros de uma sociedade, deve existir

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **Introdução a Filosofia**. São Paulo. 3. ed. Saraiva, 1994, p. 215-216.

<sup>2</sup> KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 225.

<sup>3</sup> A teoria contratualista surgiu entre os séculos XVI e XVII, na tentativa de explicar a origem legítima do Estado. Um marco importante desse momento foi à publicação da obra "Do Contrato Social" de Jean-Jacques Rousseau, em 1762. Afirmava o autor que o Estado seria um ente construído a partir de um contrato firmado entre os seus cidadãos, ou seja, para que o Estado existisse era necessário haver um consenso social. A partir dessas ideias, outros importantes pensadores como Thomas Hobbes e John Locke formularam suas teorias sociais.

um consenso hipotético para que haja princípios de justiça aceitáveis. Esse acordo seria pautado pela junção de vontades entre os seus cidadãos para um melhor convívio social.

Essa concepção pública de justiça baseia-se em uma amizade cívica entre os indivíduos a partir de exigências mútuas. No entanto, a observância de uma concordância recíproca entre pessoas em condições equitativas não é uma tarefa concretizada com facilidade, uma vez que, devem ser aproximadas diversas convicções de caráter religioso e filosófico entre os seus membros.

Dessa maneira, visando assegurar a imparcialidade da escolha dos princípios de justiça mais adequados, recorre-se ao chamado véu de ignorância, que é um estado mental onde as pessoas estariam inconscientes de sua posição na sociedade<sup>1</sup>. Esse cuidado justifica-se pela tentativa de abstração da influência de certas particularidades (como riqueza, a pobreza e posição social) dentro do grupo, fato que influenciaria decisivamente na escolha de suas preferências.

Por conseguinte, as condições justas para o desenvolvimento e satisfação das necessidades dos cidadãos de uma determinada sociedade serão concretizadas por meio de garantias estatais, caso os cidadãos aceitem os mesmos princípios de justiça e que as instituições sociais básicas satisfaçam estes princípios<sup>2</sup>.

No âmbito da teoria da justiça, o objetivo da equidade é fornecer condições justas para que os cidadãos tenham uma vida digna e se sintam como iguais dentro de um ambiente social. Assim, por meio de um equilíbrio reflexivo, adotam-se princípios de justiça que visam proporcionar uma maior quantidade de bens aos que mais necessitam (bens sociais primários), sendo definidos tais bens como coisas que o homem pode almejar ou aquilo no qual o homem pode se realizar com a concretização de seu plano de vida.

Pode-se relacionar que a concepção de bens primários, previstos na teoria de John Rawls, com os bens fundamentais previstos em forma de garantias nas Constituições portuguesa (1976) e brasileira (1988).

A partir da influência dos princípios e garantias constitucionais no processo civil, surge um novo modelo de processo baseado nos princípios da isonomia, da lealdade processual<sup>3</sup>, do

---

<sup>1</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21-22.

<sup>2</sup> Idem, ibidem, p. 05.

<sup>3</sup> A lealdade processual está compreendida na relação entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta de conduta principal no processo civil do Estado Constitucional. MITIDIERO, Daniel. **Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo**. 147f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em:

contraditório e da ampla defesa e pela valorização da busca da verdade real ou verdade possível pelo magistrado e pelas partes<sup>1</sup>. Em outros termos, o processo passou a ser entendido como um mecanismo de composição do litígio, da realização da justiça, da paz social e do alcance de resultados justos.

Esse fato reforça o entendimento a respeito da visão teleológica do processo, tendo em vista que esse instituto jurídico somente se explica por sua própria finalidade, que é a da materialização da justiça no caso concreto.

### 3. A CORRUPÇÃO COMO UM FENÔMENO SOCIAL

A corrupção pode ser entendida pelo seu efeito nocivo perante a sociedade, que consiste em corromper, decompor, quebrar, estragar, violar, destruir e outras palavras que queiram qualificar essa ameaça a integridade da sociedade.

Para o professor Jónatas Machado, a corrupção é definida como sendo um mau uso de uma posição de confiança e responsabilidade para ganho privado em vez da realização de propósito para o qual essa confiança e essa responsabilidade foram conferidas. Supõe o uso do poder e dos recursos públicos para obter vantagens privadas<sup>2</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro e português, a corrupção é tida como um ato de natureza ilícito. Para Telles, os atos ilícitos são também jurídicos, no sentido em que produzem efeitos jurídicos, mas efeitos de carácter sancionatório, que representam a reação da lei contra a vontade antissocial que se manifestou<sup>3</sup>.

Continua Telles ao afirmar que os meios adotados em defesa da ordem jurídica são, fundamentalmente, de duas espécies: preventivos e repressivos (ou reparadores). Os primeiros desempenham função muito importante, porque afastam o perigo, mais ou menos eminente, da ilicitude e evitam, assim, que ela chegue a ser perpetrada – e bem sabemos que mais vale prevenir do que remediar<sup>4</sup>.

---

<<http://www.bibliotecadigital.ufgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>>. Acesso em: 17abr.2014.

<sup>1</sup> A verdade processual seria aquela que se mostra sensata dentro do contexto do processo. Ou seja, o juiz deverá estabelecer a correspondência do enunciado com a realidade que o caso descreve. TARUFFO, Michele.

**Consideraciones sobre prueba y verdad:** Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ano VII, jan.-dez. 2002, p. 124.

<sup>2</sup> MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de figuras públicas:** tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 25.

<sup>3</sup> TELLES, Inocência Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito.** Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 10.

<sup>4</sup> TELLES, Inocência Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito.** Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN nº 972-32-0936-5, p. 15-16.

#### 4 A NATUREZA DO PROCESSO JUDICIAL E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O processo passou por várias transformações no que tange aos procedimentos e técnicas empregadas na resolução dos conflitos sociais. Houve um tempo em que o procedimento era visto como apêndice do direito material, não havendo distinção entre o direito material e o direito processual. Essa fase ficou conhecida como a fase sincrética ante a ausência de elementos mínimos para se distinguir as normas processuais civis e o direito material<sup>1</sup>. A partir da teoria do processo como relação jurídica, adotou-se uma diferença entre o processo e o procedimento<sup>2</sup>.

O conceito de processo seria a sucessão estabelecida em lei de atos interdependentes e coordenados, tendo por objetivo uma sentença ou decisão, proferida em regime de contraditório. Por meio do processo, o direito de ação se exercita e a jurisdição se realiza. Ou seja, não há processo, no plano judicial, sem uma ação que o faça surgir e sem um objetivo a alcançar, que é a prolatação de uma sentença<sup>3</sup>.

O procedimento, por sua vez, seria o modo ou a forma pelo qual se movimentam os atos do processo. Em outras palavras, o procedimento seria a ordem em que os atos processuais são praticados, como se fosse um roteiro a se seguir pelas partes, a exemplo dos procedimentos sumário e ordinário, ambos previstos no Código de Processo Civil de 1973. Com isso, vislumbra-se a existência de duas relações jurídicas completamente distintas, as de direito material, que no processo se discute, e a de direito formal, que se estabelece entre os sujeitos do processo.

Após a conquista da autonomia científica do processo, surgiu-se à chamada terceira fase da evolução processual: a instrumentalista. Essa visão enfoca a preocupação com a efetividade da jurisdição, superando o tecnicismo existente por uma concepção baseada no caráter publicístico do processo, na força normativa da Constituição e na concretização material dos Direitos fundamentais.

Entretanto, na prática, a distinção entre processo e procedimento afigura-se desnecessária, uma vez que, o objetivo final do processo é a entrega da prestação jurisdicional

---

<sup>1</sup> FREIRE, Antonio Carlos Pantoja. **A fase sincrética, procedimentalista, praxista ou imanentista e os seus reflexos no processo civil brasileiro**. XXI Encontro Nacional Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais. Uberlândia: UFU, 2012, p. 11579-11597. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02b1be0d48924c32>>. Acesso em 03/05/2014.

<sup>2</sup> Essa teoria predomina até hoje nos códigos e leis processuais, sendo aprimorada principalmente por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 78.

<sup>3</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 30-31.

de maneira eficiente e eficaz. Segundo José Domingos Lopes não faz sentido recorrer a uma diferenciação conceitual que não traz nenhuma consequência prática evidente. Ainda segundo o autor, a única consequência prática que traz é a manutenção, sobretudo no Brasil, de uma estrutura procedimental que não responde, a contento, aos anseios da sociedade e que eterniza a solução dos conflitos levados ao Poder Judiciário<sup>1</sup>.

O processo tornou-se um instrumento colocado à disposição dos cidadãos para solução de seus conflitos de interesses e pelo qual o Estado exerce a jurisdição. Tal solução e exercício são desenvolvidos com base nas regras legais previamente fixadas e buscam, mediante a aplicação do direito material no caso concreto, a entrega do bem da vida, a pacificação social e a realização da justiça<sup>2</sup>. No entanto, apesar da jurisdição ser tutelada pelo Estado, é imperioso fixar que a prestação jurisdicional é direito fundamental de todo cidadão, se trata, nas palavras de Humberto Theodoro Junior<sup>3</sup>, de garantir que, onde houver um processo para se solucionar um litígio, seja ele de natureza judicial ou extrajudicial, deverá estar presente a garantia do *due process of law*, em toda sua extensão com vistas a garantir a finalidade do processo.

Essa garantia fundamental, figurada na finalidade do processo, deve estar atrelada a uma constante preocupação com a materialização de procedimentos justos, atos não periclitantes ou qualquer outro ato comissivo ou omissivo que coloque em risco o *due process of law* e resulte na inapropriada prestação jurisdicional. Essa constante cautela ainda se justifica na possibilidade em repelir ou coibir, no devido processo legal, quaisquer atos que possam estar envolvidos com pagamento de propinas, extorsões, tráfico de influências ou atos ilegalmente coercitivos que justifiquem interesses privados.

A preocupação com atos corruptos que possam macular uma garantia do cidadão tão importante como o devido processo legal é tão evidente, que se figura em escala global, transnacionalizando essa problemática. É neste contexto que as instituições e as iniciativas de cunho autônomo ganham importante papel e voz no combate corrupção processual, postulando a integridade do Poder Judiciário em face a onda de corrupção. Vide, citamos o *Judicial Integrity Group (JIG)*<sup>4</sup>.

Com os objetivos de colocar em pauta mecanismos, promover parâmetros e princípios que pudessem ratificar a segurança e integridade do processo e do sistema judicial, principalmente

<sup>1</sup> LOPES, Jose Domingos Rodrigues. **Processo e procedimento: é preciso distinguir?**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3858, 23jan. 2014.

<sup>2</sup> BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral de processo e processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

<sup>3</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios Gerais do Direito Processual Civil**. In Revista de Processo, vol.179. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>4</sup> Ver o site <<http://www.judicialintegritygroup.org>>.

dos países integrantes e fundadores do grupo, o *JIG* foi criado com o apoio e recomendações do Programa Global de combate à corrupção das Nações Unidas no ano de 2000. O objetivo desta instituição, uma reforma judicial que demonstre efetivamente a eliminação da corrupção dentro do sistema judicial, nos remete a uma real e necessária preocupação com a idoneidade dessa garantia fundamental que é o processo judicial.

Daniel Sarmento nos recorda e destaca a importância dos direitos fundamentais ao ensinar que estes devem ser respeitados não só pelo Estado nas relações com seus cidadãos, mas também por todos eles, seja em suas relações com o Estado ou com outros particulares<sup>1</sup>. Isso porque a autonomia das relações privadas se encontra mitigada por princípios constitucionais – a eficácia horizontal decorre da complexidade social crescente.

Para Leonardo Grego no Estado democrático contemporâneo a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo<sup>2</sup>.

Em suma, o dever do Estado seria propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária, tudo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, que se constitui a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>3</sup>.

Portanto, o objetivo do processo atual é teleológico<sup>4</sup>, tendo em vista que esse instituto jurídico somente se explica por sua própria finalidade, que é a da concretização da justiça no caso concreto. Logo, é inevitável a ampliação do horizonte do processo para que esse modelo de justiça esteja em harmonia com a proteção da maioria e a minoria da população ao passo que

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004 p. 69.

<sup>2</sup> GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. In: SOUZA, Maria Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Orgs.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 3.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

<sup>4</sup> O argumento teleológico é aquele que se baseia em uma finalidade, uma causa final, um fim. Analisa-se nesse tipo de argumento se os objetivos estão sendo cumpridos ou desviados. A teleologia é uma doutrina que estuda os fins últimos da sociedade, humanidade e natureza. Suas origens remontam há época de Aristóteles (384 – 322 a.C) com a sua noção de que as coisas servem a um propósito.

também deva estar livre de qualquer prática ilícita e corrupta, devendo ainda privar e aproximar os princípios de *Bangalore*, reforçadores de condutas com vistas a garantir da idônea finalidade do processo judicial.

#### 4.1 A CORRUPÇÃO PERANTE O PROCESSO JUDICIAL

O processo civil tem a função orgânica de regular uma atividade complexa que permita a resolução dos litígios. Segundo Inocêncio Telles, se esses litígios giram em torno de direitos e obrigações provados, temos a palavra processo civil. Ainda destaca o autor que a palavra processo, tomada na sua acepção material e instrumental, designa o conjunto de atos que se sucedem em juízo, ou seja, perante e sob vigilância do tribunal, e, ordem à obtenção de alguma daquelas providências que o tribunal tem competência para emitir. Em outras palavras, o termo processo envolve realmente esta ideia de uma caminhada em sentido a um avanço gradual para um fim a atingir <sup>1</sup>.

No processo civil temos alguns princípios que são oriundos de uma ética comum, como a boa-fé processual, igualdade material, dignidade da pessoa humana, função social do contrato e busca da verdade real.

O princípio da cooperação a que acima nos referimos pressupõe, quanto às partes, o dever de litigância de boa fé. Quer dizer, as partes devem ter uma atuação processual pautada pelo dever de *honeste procedere*. Para Jorge Amaral, a boa-fé se traduz na convicção de agir ou de ter um comportamento conforme os princípios da justiça e da lealdade que a cada um de impõem nas suas relações com as outras pessoas. Nesse sentido, dispõe o art. 8º que as partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior <sup>2</sup>.

Em Portugal, o princípio da cooperação encontra-se definido no art. 7º, essencialmente no seu nº 01, ao determinar que na condução e intervenção no processo devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. Este princípio deve ser entendido como recíproco nas relações que se estabelecem entre as partes e entre estas e o tribunal, impondo-se ainda a terceiros <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 41.

<sup>2</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 13 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 27.

<sup>3</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 13 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 21.

O princípio da igualdade está consagrado no art. 13º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, dispondo este preceito que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. No domínio do processo civil, o princípio significa, portanto, uma igualdade de posições como sujeitos processuais <sup>1</sup>.

Em consonância com esse princípio, determina o art. 4º que o tribunal deverá assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais <sup>2</sup>.

## 5 A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES DE JUSTIÇA LIGADOS AO PROCESSO JUDICIAL.

No atual modelo de processo cooperativo, as partes e o juiz devem cooperar entre si, por meio de diálogos e de comportamentos pautados na boa-fé objetiva. Entre as partes deverá haver um esforço para superar o formalismo excessivo, por meio da equidade com função interpretativa individualizadora, uma vez que o processo existe para assegurar a concretização do direito material<sup>3</sup>.

Os agentes da justiça têm a função de defender os interesses da coisa pública perante toda a sociedade, fazendo com que a vontade popular e o dinheiro dos impostos seja de fato empregado em prol de benefícios, previamente delineados, pela sociedade.

### 5.1 OS MAGISTRADOS

Ainda no processo moderno, cabe ao julgador buscar a aplicação do direito ao caso concreto de forma cuidadosa, de modo a observar se de fato houve a pacificação social e a eliminação das controvérsias. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni defende a necessidade da formulação de uma nova teoria geral do processo voltada para a “justiça do caso concreto com foco na dogmática da tutela dos direitos e da luz forte e intensa da Constituição” <sup>4</sup>.

Após essa teoria, houve mudanças consideráveis na esfera do julgador, uma vez que, o processo, até então, era considerado como um mero instrumento da realização da vontade

---

<sup>1</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 13 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 24.

<sup>2</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 13 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 25.

<sup>3</sup> Carlos Alberto Álvaro de Oliveira *apud* Fredie Didier Junior. **O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 2007, p.367.

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Vol. I. 4. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 133.

concreta da lei, de modo que o juiz era “mero fiscal” para “vigiar o jogo” e proclamar o “vencedor” da disputa<sup>1</sup>.

Os juízes passaram a ser responsáveis por solucionar os conflitos de uma demanda e, ao mesmo tempo, intérpretes do enunciado jurídico. No atual modelo de processo cooperativo, mais adequado aos princípios e valores democráticos previstos na Constituição, o dever do Estado é propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária, tudo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso, os magistrados passaram a interagir com as partes na busca da verdade material<sup>2</sup>.

Inocência Telles destaca que o papel dos juízes se exige, acima de tudo, imparcialidade absoluta, ausência total de preconceitos ou prevenções suscetíveis de perturbar a serenidade dos seus julgamentos<sup>3</sup>.

Em Portugal, a magistratura judicial, a quem compete administrar a justiça, é constituída pelos juízes dos tribunais judiciais, a saber, os Juízes do Supremo Tribunal de Justiça, os Juízes das Relações e os Juízes de Direito<sup>4</sup>. Os juízes são independentes, irresponsáveis e inamovíveis, com efeito: julgam apenas de acordo com as fontes a que, segundo Ordenamento Jurídico, devam recorrer, não estando sujeitos a ordens ou instruções, sem prejuízo do dever de acatamento, pelos tribunais inferiores, das decisões proferidas em via de recurso pelos tribunais superiores.

Segundo o autor, em princípio os magistrados não são responsáveis pelas suas decisões. Só em casos especialmente previstos na lei podem incorrer, por virtude do exercício das suas funções, em responsabilidade civil, criminal ou disciplinar. São nomeados vitaliciamente, não podendo ser demitidos ou por qualquer forma mudados de situação, salvo nos casos estabelecidos no respectivo Estatuto<sup>5</sup>.

Ainda em Portugal, há um órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial, que se denomina Conselho Superior da Magistratura. Esse conselho superior da Magistratura tem vasta e importante competência, cabendo-lhe a nomeação, colocação, transferência e promoção

---

<sup>1</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. São Paulo: GZ, 2009, p. 81.

<sup>2</sup> No processo moderno exige-se a postura ativa e participativa do juiz, tendo o julgador o poder-dever de proceder ao esclarecimento de fatos e alegações ambíguas, de consultar as partes e, até mesmo, de preveni-las acerca dos riscos do seu comportamento. O juiz tem, pois, o dever de esclarecer os fatos do litígio e de provocar as partes a trazerem para os autos as informações e provas necessárias à solução do conflito. GOUVEA, Lúcio Grassi de. **Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real**. In: DIDIER JR, Fredier. (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2007, p. 183.

<sup>3</sup> TELLES, Inocência Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.89.

<sup>4</sup> TELLES, Inocência Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 89.

<sup>5</sup> TELLES, Inocência Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 90.

dos juízes dos tribunais judiciais e o exercício da ação disciplinar sobre eles, nos termos da lei. Os vogais desse Conselho gozam, todos eles, das mesmas garantias dos juízes <sup>1</sup>.

Por conseguinte, houve um reforço nos poderes do juiz na condução da causa e na apuração da verdade real em torno dos fatos, onde se estabeleceu o litígio. O juiz ganhou poderes instrutórios e tornou-se titular de iniciativa probatória para formação de seu convencimento, passando a interagir com as partes em busca da verdade material do processo.

Rosalina Costa afirma que caberá ao julgador a concretização dos enunciados constitucionais, mediante uma atuação judicial criativa e pragmática, dando densidade e concretude aos direitos fundamentais. Destaca a autora que é a atividade criativa que alude à doutrina e que coloca o julgador como efetivo partícipe da construção dos destinos da sociedade <sup>2</sup>.

É sabido ainda que as garantias que envolvem a magistratura como a inamovibilidade e vitaliciedade são prerrogativas que também mitigam os impactos da corrupção judicial, trazer ao processo a imparcialidade e efetividade. No entanto, mesmo com estas garantias há circunstâncias nas quais o Magistrado é forçado a pedir remoção do seu local de trabalho, procrastinar desnecessariamente os atos e procedimentos do rito processual por pressão política, interesses econômicos, privados e escusos, tornando com isso, o judiciário menos capaz e independente para prover os direitos e garantias da sociedade civil.

## 5.2 OS ADVOGADOS

Através do papel do advogado que a parte tem acesso efetivo aos fundamentos da justiça defendidos pelo Estado. E outras palavras, é pacífico o entendimento da indispensabilidade e da importância de seu papel.

Ocorre que existem algumas críticas que consideram a advocacia um mal social. Para Telles, o mal não está na sua existência, mas nos abusos que à sombra dela por vezes se cometem, infelizmente como se cometem em qualquer outra profissão <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> TELLES, Inocência Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 91.

<sup>2</sup> COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O papel do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional. In: **A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**, nº 05, Volume 3, p. 21-27, 2010, p. 24.

<sup>3</sup> TELLES, Inocência Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 93-94.

Em Portugal, o Código de Processo Civil toma posição clara sobre a assinalada divergência acerca da necessidade ou desnecessidade da advocacia, considerando obrigatória, em princípio, a constituição de advogado nas causas judiciais (art. 32º, n.º 1) <sup>1</sup>.

William Simon destaca que nenhum papel social estimula aspirações morais tão ambiciosas como o do advogado e nenhum papel social desaponta tão constantemente as aspirações que estimula<sup>2</sup>. Tais decisões morais são as que implicam os compromissos mais fundamentais da profissão com a legalidade e a justiça são os que se originam entre os interesses dos clientes, por um lado, e os interesses de terceiros e públicos, por outro lado <sup>3</sup>.

### 5.3 OS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Segundo Telles, o papel do Ministério Público em Portugal consiste em representar, para efeitos judiciais, o Estado e as demais entidades indicadas na lei, defender, quando a lei o determine, os interesses coletivos e difusos, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos, dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades, e desempenhar as demais funções que lhe são atribuídas pela Constituição e pelo seu Estatuto<sup>4</sup>.

A gestão da magistratura do Ministério Público e a respectiva ação disciplinar pertencem à Procuradoria-Geral da República, que as exerce por intermédio do Conselho Superior do Ministério Público. Afirma-se que os poderes de gestão compreendem-se a nomeação, colocação, transferência, exoneração e classificação profissional dos magistrados<sup>5</sup>.

No Brasil, o Ministério Público é uma instituição que nasceu na República no Brasil, sendo o seu papel institucional sempre ligado aos Poderes Executivo ou Judiciário. A autonomia desse órgão e a equiparação de seus integrantes aos magistrados, com as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, somente ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 <sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 96.

<sup>2</sup> SIMON, William H. **A prática da Justiça**. 1 ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 01.

<sup>3</sup> SIMON, William H. **A prática da Justiça**. 1 ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 06.

<sup>4</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 91.

<sup>5</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

<sup>6</sup> MACEDO JR., Ronaldo Porto. **O Ministério Público 500 anos depois do descobrimento: 500 anos e o direito no Brasil**. São Paulo: Cadernos de Direito e Cidadania II, IEDC, 1999, p. 80-81

Segundo Júlio Lopes a inexistência de vínculo funcional com qualquer dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) é um aspecto essencial para se delimitar uma posição institucional de independência em relação a estes poderes<sup>1</sup>.

## 6 A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTICORRUPÇÃO.

Entendemos que as disfuncionalidades causadas pela corrupção promovem estragos que na maioria das vezes são irreversíveis no âmbito judicial e que ainda maculam de forma grave as garantias fundamentais de cada indivíduo, porém não podemos ignorar que essa rede ou redes de corrupções são integrantes às vezes de um sistema já organizado e que influencia diretamente nas políticas de apoio à idoneidade processual ou na ausência destas, afetando não somente o indivíduo que usa de sua prerrogativa através do instrumento processo, mas também os colaboradores que atuam na esfera judicial.

Entendemos ainda que a celeuma da corrupção processual é somada também ao “*tempo morto*” que o processo passa dentro do cartório forense. Que esse “*tempo morto*”, no qual as partes aguardam os procedimentos; citação, despacho, julgamento de liminares, decisões, recursos etc. também é deveras lesivo a efetividade do processo judicial uma vez que está longe ser der racionalizada a rotina dos colaboradores forenses e realizada em menor tempo. Visto isso é imperioso o reconhecimento do Princípio ANTICORRUPÇÃO com vistas a mitigar estas disfuncionalidades no rito processual e garantir a efetividade desta garantia fundamental.

Segundo do professor Jónatas Machado, a doutrina constitucional mais recente tem chamado atenção a existência do princípio anticorrupção de forma constitucionalmente estruturante, tendo este dotado de peso normativo autônomo ao princípio democrático, ao princípio do Estado de direito e princípio da separação dos poderes<sup>2</sup>.

Ainda, segundo o autor, o princípio da anticorrupção integra hoje o constitucionalismo multinível, sendo também considerado um princípio geral de direito internacional<sup>3</sup>. Nesse sentido, como o sistema constitucional português e brasileiro colocam o povo como titular da soberania

---

<sup>1</sup> LOPES, Julio Aurélio Vianna. **Democracia e cidadania: o novo Ministério Público Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 40.

<sup>2</sup> MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português**, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 25.

<sup>3</sup> MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português**, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 26.

estatal, pode-se inferir que o agente público só poderá agir devido a satisfação dos interesses da cidadania desse próprio povo.

Dentro do campo constitucional pátrio, devemos aproximar o princípio da anticorrupção ao próprio conceito de república e a da forma como os poderes nesta se relacionam. Traduzindo e resumindo rapidamente o conceito de República, temos uma das formas pela qual o poder se organiza e se exerce, permitindo o agrupamento substancial de indivíduos em um Estado, com vinculação jurídica e social a um poder. Revela-se, portanto, como as formas de vida do Estado ligadas pelo caráter coletivo do elemento humano (FRIEDE, 2013, p. 177) <sup>1</sup>.

Visto, fica transparente a finalidade da república em privar pela vontade do povo, sendo esta soberana, devendo ainda alinhar esta vontade à proba gestão daquela. A difícil tarefa de estruturar a sociedade política é justamente de alinhar o interesse próprio com o interesse público, não porque as pessoas somente se interessem por si mesmas, mas porque as pessoas frequentemente se interessam por si mesmas e os incentivos estruturais podem reduzir a quebra da relação moralidade-estrutura. A corrupção não pode ser feita para desaparecer, mas seu poder pode ser subjogado com a combinação certa de cultura e regras políticas (TEACHOUT, 2014, cap. 2, p. 8) <sup>2</sup>.

Portanto, diante a notória inquietude social, a qual se alastra no Brasil, que pede o fim dos atos corruptos nas esferas do poder público e respeito com a coisa pública, o peso constitucional atribuído a vontade popular define a não tolerância com a corrupção pública. Essa premissa é confirmada ao analisar-se o papel do Ministério Público, como entidade de combate à corrupção e dos controles internos e externos da administração pública, como os tribunais de contas.

## CONCLUSÃO

O processo é um instrumento legítimo pelo qual o Estado se responsabiliza pela garantia ao particular do exercício de seu direito sem que, para isso, este recorra a instrumentos privados

---

<sup>1</sup> FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do estado**: teoria constitucional e relações internacionais. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

<sup>2</sup> TEACHOUT, Zephyr.. **Corruption in America**: from Benjamin Franklin's snuff box to Citizens United. London: Harvard University Press, 2014.

de coação, como a autotutela e autocomposição. Dessa forma, se resolvem os litígios e alcança-se a justiça no caso concreto.

Porém, a partir do momento em que os indivíduos não têm os seus direitos devidos, passa-se a duvidar da própria justiça e, por consequência, de todo o sistema político-social existente. Esse descontentamento atinge profundamente o poder público como um todo, uma vez que, o poder judiciário é seu legítimo representante.

O processo somente será um instrumento efetivo na realização do direito material quando desempenhar sua função de forma eficiente e célere. Nesse sentido, a tutela processual pelo Estado depende da observância de valores morais ligado aos princípios processuais.

Destaca-se que a inobservância de regras relativas ao dever das partes poderá ensejar a corrupção dentro do processo, fato que trará inúmeros prejuízos a busca da verdade real por parte do Estado-juiz. Assim, mostra-se necessário o reforço de um princípio anticorrupção dentro da esfera processual com o fim de incentivar a adoção de medidas de controle e repressão dos órgãos de classe e corregedorias competentes, não incentivando por consequência tais práticas rechaçadas pelo direito e pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 13 ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral de processo e processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O papel do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional. In: **A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**, nº 05, Volume 3, p. 21-27, 2010.
- CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. São Paulo: GZ, 2009.
- FREIRE, Antonio Carlos Pantoja. **A fase sincretista, procedimentalista, praxista ou imanentista e os seus reflexos no processo civil brasileiro**. XXI Encontro Nacional Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais. Uberlândia: UFU, 2012, p. 11579-11597. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02b1be0d48924c32>>.
- GOUVEA, Lúcio Grassi de. **Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real**. In: DIDIER JR, Fredier. (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2007.

- GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. In: SOUZA, Maria Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Orgs.). O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Thomson IOB, 2005.
- LOPES, Jose Domingos Rodrigues. **Processo e procedimento: é preciso distinguir?**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3858, 23jan. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26481>>. Acesso em: 05/04/2017.
- MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Vol. I. 4. Ed. São Paulo: RT, 2010.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. **Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo**. 147f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>>.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, n. 102, São Paulo: RT, p. 228-237, abr./jun. 2001.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Miguel. **Introdução a Filosofia**. São Paulo. 3. ed. Saraiva, 1994, p. 215-216.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SIMON, William H. **A prática da Justiça**. 1 ed. São Paulo: Martins fontes, 2001. ISBN 85-336-1441-1.
- TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre prueba y verdad: Derechos y Libertades**. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ano VII, jan.-dez. 2002, p. 124.
- TELLES, Inocência Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**. Volume II. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios Gerais do Direito Processual Civil**. In Revista de Processo, vol.179. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do estado**: teoria constitucional e relações internacionais. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

TEACHOUT, Zephyr. **Corruption in America**: from Benjamin Franklin's snuff box to Citizens United. London: Harvard University Press, 2014.

# DA COMPOSIÇÃO AO RECONHECIMENTO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

---

**Diego Chagas de Souza**

Mestrando em Public Policy pela Hertie School of Governance, Alemanha. Mestre em Direito Constitucional e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

**João Vitor Sangiacomo Meira Lima**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

---

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo traçar uma breve contextualização em torno da temática da proteção de dados pessoais, para que se possa então enfatizar sua relevância para o direito civil como disciplina teórica. Para tanto, faz-se uma abordagem histórica dos direitos da personalidade e do direito à privacidade à proteção de dados pessoais. Ato contínuo, ilustra-se o porquê da imprescindibilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no ordenamento jurídico brasileiro e analisa-se a decisão histórica proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo da privacidade. Conclui-se que a importância da disseminação da cultura da privacidade e da proteção de dados pessoais é fundamental para lidar com os inúmeros desafios e oportunidades contemporâneos frente à uma economia e sociedade cada vez mais orientadas e movidas por dados.

**Palavras-chave:** Privacidade. Proteção de dados pessoais. Autodeterminação informativa.

*Submetido em 12 de maio de 2020. Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1 INTRODUÇÃO

De fato, nunca fez tanto sentido a afirmação de Glenn Greenwald, jornalista e autor da obra *No place to hide*<sup>1</sup>, ao elucidar que “A internet é o epicentro do nosso mundo, o lugar onde praticamente se faz tudo”<sup>2</sup>. A rede mundial de computadores passou a interligar vários objetos e dispositivos que interagem entre si e com as pessoas. Esta fase histórica é intitulada Internet das Coisas (*Internet of Things*, IoT). Porém, ao mesmo tempo que essa evolução abarca muitas possibilidades promissoras, traz consigo ameaças à privacidade de cada indivíduo, como também à manutenção da democracia.

Não ao acaso, o escândalo de espionagem revelado pelo ex-analista Edward Snowden, da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos, em 2013, e as violações praticadas pela empresa *Cambridge Analytica*<sup>3</sup>, em 2018, colaboraram ativamente para aprovação de leis de proteção de dados pessoais ao redor do mundo.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro conta com normas que direta e indiretamente tratam da proteção à privacidade e aos dados pessoais. No entanto, a Lei nº 13.709 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), sancionada em 14 de agosto de 2018, com entrada em vigor em 18 de setembro de 2020, complementa esse arcabouço regulatório setorial, composto por esparsos comandos descentralizados, confere segurança jurídica e cria um regramento para o uso de dados pessoais no Brasil, tanto no ambiente on-line quanto off-line, nos setores privado e público.

Nesse sentido, é oportuno traçar uma breve contextualização em torno da temática da proteção de dados pessoais, para uma adequada compreensão da importância do tema em questão. Dessa forma, escolheu-se dividir o trabalho em dois momentos.

A primeira seção faz uma abordagem histórica dos direitos da personalidade e do direito à privacidade à proteção de dados pessoais. Visa-se destrinchar cada um desses direitos. A segunda seção elucidada o porquê da imprescindibilidade da LGPD no ordenamento jurídico brasileiro e analisa a decisão histórica proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo da privacidade.

---

<sup>1</sup> GREENWALD, Glenn. *No place to hide: Edward Snowden, the NSA and the Surveillance State*.

<sup>2</sup> Em inglês: “*Rather, it is the epicenter of our world, the place where virtually everything is done*”.

<sup>3</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. **Proteção de dados para além do consentimento:** tendências contemporâneas de materialização. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, 2020, p. 517: Em linhas gerais, essa empresa britânica teria coletado dados pessoais de até oitenta e sete milhões de usuários do Facebook e, segundo investigações conduzidas, também teria os utilizado para influenciar pleitos eleitorais ao redor do mundo, sobretudo (i) as eleições dos EUA de 2016 e (ii) o referendo do “Brexit” no Reino Unido (...).”

O presente artigo, de caráter bastante propedêutico no que tange o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, realiza uma pesquisa exploratória para que se possa, no futuro, investigar detidamente as questões aqui levantadas.

## 2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Lamentavelmente, existe a falsa proposição de que aqueles que defendem a privacidade, supostamente, estão escondendo algo. Daniel J. Solove, professor na Universidade George Washington, autor do artigo *“I’ve Got Nothing to Hide” and Other Misunderstandings of Privacy*<sup>1</sup>, examina o argumento do “nada a esconder”, muito disseminado no discurso popular “Se você não tem nada a esconder, então o que tem a temer?” ou “Se você não está fazendo nada errado, então o que tem a esconder?”<sup>2</sup>.

É certo que a premissa do “nada a esconder” é equivocada, visto ser um entendimento limitado de privacidade. Nas palavras do renomado professor:

o problema do argumento do nada a esconder é que ele se concentra em apenas um ou dois tipos particulares de problemas de privacidade - a divulgação de informações pessoais ou a vigilância - e não em outros. Ele assume uma visão particular sobre o que a privacidade implica<sup>3</sup>.

Desse modo, é possível notar que se trata de uma visão míope da problemática, relacionada a uma pretensa proteção do Estado para com os particulares. Isto posto, verifica-se que não há contrariedade no binômio “privacidade vs. segurança” e sim no próprio questionamento - “Se você não tem nada a esconder, então o que tem a temer?” -, uma vez que os interesses de segurança, injustificadamente, se sobressairiam aos interesses de privacidade. Porém, quando esta concepção se confronta com a diversidade de questões que permeiam a privacidade, “o argumento do nada a esconder, no final, não tem nada a dizer”<sup>4</sup>.

### 2.1 Direitos da personalidade e proteção da privacidade

Atinentes à própria natureza humana, os direitos da personalidade, considerados essenciais à sua dignidade e integridade, adquiriram seus primeiros contornos a partir da segunda

<sup>1</sup> SOLOVE, Daniel J. *I’ve got nothing to hide and other misunderstandings of privacy*. *San Diego L. Rev.*, v. 44, p. 745, 2007.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 747, tradução nossa.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 767, tradução nossa.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 772, tradução nossa.

metade do século XIX. Tais direitos objetivavam a defesa e proteção do indivíduo, frente a interferência estatal, retratada pelos abusos de monarcas e privilégios da nobreza, no contexto da Revolução Francesa e em face da “degradação do homem pelo próprio homem”<sup>1</sup>, no decorrer da Revolução Industrial.

Em reação aos horrores da Segunda Guerra Mundial e da ascensão do regime fascista e nazista, a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em 1948, consagra o fundamento da dignidade da pessoa humana<sup>2</sup>, como valor-fonte<sup>3</sup> do ordenamento jurídico internacional.

Na tentativa de formular um conceito desse vetor, Anderson Schreiber elucida que:

a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural<sup>4</sup>.

Nesse panorama, foi instituído, em 1954, o direito geral da personalidade (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), pela doutrina e jurisprudência alemã, a partir dos artigos 1 e 2 da Lei Fundamental de 1949<sup>5</sup>, reconhecendo a existência de um único direito da personalidade com uma diversidade de ramificações.

No Brasil, os direitos da personalidade foram moldados no Capítulo II da Parte Geral do Código Civil de 2002 (artigos 11 a 21), visando promover a proteção de aspectos como corpo, nome, honra, imagem e privacidade. Quanto ao direito à privacidade, Caio Mário da Silva Pereira esclarece que:

O chamado *direito à privacidade* - que seguramente incluiu a *vida privada* -, cujas ofensas crescem diuturnamente em virtude das novidades tecnológicas, não recebe consagração explícita no Código, embora o art. 21 assemelhe-se à cláusula geral que serve ao juiz para impor a adoção das providências necessárias à sua proteção, a requerimento da parte ofendida<sup>6</sup>.

É importante mencionar que o rol de direitos da personalidade, previsto no Código Civil, não é taxativo<sup>7</sup>. O direito à identidade pessoal, intimamente ligado à privacidade, ainda que

<sup>1</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

<sup>2</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 48: “Mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, pondera-se que as Constituições do México e de Weimar já haviam previsto o princípio da dignidade da pessoa humana no início do século XIX”.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 377.

<sup>4</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 8.

<sup>5</sup> Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 218.

<sup>7</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais...** op. cit., p. 51: “Dito de outra forma, os direitos da personalidade não representam somente uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se, também, de um componente central de uma nova hermenêutica que coloca o ser humano como o “coração do direito civil contemporâneo”.

implícito no ordenamento jurídico, é digno de proteção por força da cláusula geral de tutela da dignidade humana. Conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

A identidade pessoal constitui, assim, “um bem em si mesmo, independentemente da condição pessoal e social, das virtudes e dos defeitos do sujeito, de modo que a cada um é reconhecido o direito a que sua individualidade seja preservada”. Há ainda um aspecto fundamental do direito à identidade pessoal: a sua “intrínseca modificabilidade, isto é sua capacidade ou potencialidade de mudança”<sup>1</sup>.

A Constituição Federal de 1988 também amparou o direito à privacidade em seu artigo 5º, inciso X, esclarecendo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Visando promover a proteção desses bens jurídicos, o legislador estabeleceu um dever de cumprimento e responsabilização em caso de descumprimento, seja pelo Estado ou mesmo por pessoas privadas.

Todavia, levando-se em consideração que dados pessoais são uma extensão da personalidade<sup>2</sup> dos indivíduos e “nós somos os nossos dados”<sup>3</sup>, o arcabouço constitucional e legislativo revela-se rudimentar frente à uma sociedade cada vez mais orientada e movida por dados (*data-driven society*)<sup>4</sup>. Daí a conclusão de Gustavo Tepedino de que:

A rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular<sup>5</sup>.

Em outros termos, como bem traçado por Bruno Bioni “A proteção de dados pessoais situa-se entre os direitos da personalidade, pois também, interfere na dimensão relacional e social do ser humano”<sup>6</sup>. A todo instante se estabelecem tensos diálogos entre o local e o global, a homogeneidade e a diversidade, o real e o virtual, a ordem e o caos, a utopia e a distopia. Nesse

<sup>1</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os direitos da personalidade**. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/9689598/Ampliando\\_os\\_direitos\\_da\\_personalidade](https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade)>. Acesso em: 9 jul. 2020.

<sup>2</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 148: “Por força do regime privilegiado de vinculação entre a informação pessoal e a pessoa à qual ela se refere - como representação direta de sua personalidade -, tal informação deve ser entendida, portanto, como uma extensão da sua personalidade”.

<sup>3</sup> RODOTÀ, Stefano. Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003. Disponível em:

<<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeoDireito.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

<sup>4</sup> BIONI, Bruno R. 18 livros e textos para entender Privacidade e Proteção de Dados Pessoais: Uma seleção do básico da literatura nacional e estrangeira no tema. **Jota**, 8 jun. 2018. Disponível em:

<[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/carreira/privacidade-dados-pessoais-livros-08062018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/carreira/privacidade-dados-pessoais-livros-08062018)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**.

<sup>6</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**... op. cit., p. 83.

sentido, Manuel Chaparro aponta “que nos novos caminhos da globalização e da democracia, o mundo se modificou, institucionalizou-se, bem como os interesses, as ações e as próprias pessoas”<sup>1</sup>. Em suma, a privacidade tornou-se uma necessidade estratégica.

## 2.2 Privacidade e proteção de dados pessoais

Samuel Warren e Louis Brandeis, advogados em Boston, conhecidos como “pais fundadores da privacidade”, publicaram na *Harvard Law Review*, em 1890, o artigo intitulado *The Right to Privacy*<sup>2</sup> que se tornou marco regulatório do direito à privacidade. Os autores analisaram diversas decisões de tribunais ingleses e norte-americanos, detalhadamente descritas na obra, e chegaram à conclusão da existência de um princípio denominado “*right to be let alone*” (“direito de ser deixado em paz” ou “direito de estar só”).

Ocorre que, não obstante o pioneirismo de Warren e Brandeis na formação do direito à privacidade - concebido como um privilégio burguês ou aristocrático de proteção de suas propriedades -, a dinamicidade do fenômeno tecnológico e o crescente desenvolvimento dos meios de comunicação e de publicidade fomentam um gradativo aperfeiçoamento desse direito<sup>3</sup>.

Em linhas gerais, o direito à privacidade é tratado como liberdade no sentido negativo<sup>4</sup>, em outras palavras, o que se pretende é *retrair* o acesso a determinada informação, que um indivíduo entende por sua e não pública, de estar a salvo de interferências alheias. Ao contrário, a proteção de dados pessoais é considerada uma liberdade no sentido positivo<sup>5</sup>, uma vez que

---

<sup>1</sup> CHAPARRO, Manuel Carlos. Cem Anos de Assessoria de Imprensa. In: DUARTE, Jorge. **Assessoria de Imprensa e Relacionamento com a Mídia**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33-51.

<sup>2</sup> WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. Disponível em:

<<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

<sup>3</sup> MENDES; FONSECA. **Proteção de dados para além do consentimento**... op. cit., p. 511: “Pode-se dizer que o sentido do direito à privacidade foi se transformando ao longo do tempo. O início desse debate acadêmico foi marcado fortemente pelo conceito de privacidade como barreira de acesso à vida privada do indivíduo, formando uma garantia de inviolabilidade e de imunidade quanto a certos aspectos da sua vida pessoal e da sua intimidade: uma liberdade individual negativa traduzida como o direito de ser deixado em paz/só (*the right to be left alone*) (...). Essa visão é marcada por uma divisão entre o que é público e o que é privado, conferindo-se proteção jurídica somente ao que é íntimo ou privado e não a fatos considerados de “conhecimento público” (*v.g.* nome, telefone, local de trabalho etc.)”.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 234: “Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no *sentido negativo*, porque se opõe, *nega*, à autoridade”.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 234: “Outra teoria, no entanto, procura dar *sentido positivo*: é livre quem participa da autoridade ou poder”.

seu propósito não é a restrição da informação atrelada a uma pessoa - conceito de dado pessoal<sup>1</sup> -, mas sim que seus dados circulem de forma *apropriada*<sup>2</sup>.

É de suma importância assinalar essa diferenciação entre direito à privacidade e proteção de dados pessoais, para uma adequada compreensão destes conceitos. Na lição de Bruno Bioni:

O direito à proteção dos dados pessoais deve ser alocado como uma nova espécie do rol aberto dos direitos da personalidade, dando elasticidade à cláusula geral da tutela da pessoa humana. Caso contrário, corre-se o risco de ele não se desprender das amarras conceituais e da dinâmica do direito à privacidade e, em última análise, inviabilizar uma normatização própria para regular o fluxo informacional como fator promocional da pessoa humana<sup>3</sup>.

Em contrapartida, vale mencionar que sua equiparação está no contínuo desenvolvimento tecnológico que motivou uma crescente demanda pela positivação de um direito à proteção de dados pessoais<sup>4</sup>. Danilo Doneda disserta que:

A necessidade de funcionalização da proteção da privacidade fez, portanto, com que ela desse origem a uma disciplina de proteção de dados pessoais, que compreende em sua gênese pressupostos ontológicos muito similares aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer que a proteção de dados pessoais é a sua "continuação por outros meios". Ao realizar essa continuidade, porém, a proteção de dados pessoais assume a tarefa de abordar uma série de interesses cuja magnitude aumenta consideravelmente na sociedade pós-industrial e acaba, por isso, assumindo uma série de características próprias, especialmente na forma de atuar os interesses que protege, mas também em referências a outros valores e direitos fundamentais<sup>5</sup>.

O direito à proteção de dados emergiu na década de 70 e 80, delineado em 1973, no Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos EUA<sup>6</sup> e formatado para assegurar uma procedimentalização adequada do uso desses dados pessoais pelo Estado. Isso fica evidente, quando esse direito é disposto nas *guidelines* da OCDE (Organização para a Cooperação e

<sup>1</sup> A LGPD assim define dado pessoal em seu artigo 5º, inciso I: "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável".

<sup>2</sup> MENDES; FONSECA. **Proteção de dados para além do consentimento...** op. cit., p. 511: "Não obstante, ao longo das últimas cinco décadas, as discussões jurídicas em torno do direito à privacidade passaram por transformações significativas, sobretudo em vista das mudanças tecnológicas que emergiram nesse período e alteraram substancialmente os riscos e as bases fáticas ao seu redor. Assim, a privacidade passou a ser vista não só como uma liberdade negativa que garante o "isolamento do indivíduo", mas também como liberdade positiva: um poder "de *exigir*, por exemplo, conhecimento, controle e disposição de dados relativos à individualidade (...) capazes de afetar autonomia e liberdades" (...)".

<sup>3</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais...** op. cit., p. 96.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Paula Marques; VIEIRA, Alessandra Borelli. Educação como um dos pilares para a conformidade. *In*: OPICE BLUM, Renato. **Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 8: "Importante destacar que a compreensão concreta da temática da privacidade e da proteção de dados pessoais converge, obrigatoriamente, para a finalidade comum de não só promover a devida inclusão social dos indivíduos, mas também de minorar riscos e/ou vulnerabilidades".

<sup>5</sup> DONEDA, op. cit., p. 44.

<sup>6</sup> Em inglês: "U.S. Department of Health, Education & Welfare".

Desenvolvimento Econômico)<sup>1</sup>, de 1980 e na Convenção 108 do Conselho da Europa, de 1981<sup>2</sup><sup>3</sup>, ponto de referência inicial do modelo europeu de proteção de dados pessoais<sup>4</sup>, cuja preocupação era promover o livre trânsito de dados entre países e por conseguinte, alcançar uma maior integração econômica.

À vista disso, o advogado e jornalista Robert Ellis Smith, em 1979, ilustra que:

hoje, quando se fala sobre privacidade, geralmente refere-se não apenas ao direito de manter o caráter confidencial de fatos pessoais, porém ao direito de saber quais informações sobre si próprio são armazenadas e utilizadas por outros, e também o direito de manter essas informações atualizadas e verdadeiras<sup>5</sup>.

Nesse panorama, a Alemanha<sup>6</sup>, pioneira na criação e desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais<sup>7</sup>, em 1983 reconhece o direito fundamental à *autodeterminação informativa* ou *autodeterminação informacional* (*informationelles Selbstbestimmung*), direito que exerce grande influência em países do sistema jurídico romano-germânico<sup>8-9</sup>. O Tribunal Constitucional alemão a partir do julgamento da Lei do Censo (*Volkszählungsurteil*), declarou inconstitucional a transmissão de dados pessoais entre órgãos públicos, para fins estatísticos, por violar tal direito<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> Intitulado “*OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*”. Tradução livre: “Diretrizes da OCDE para Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais”.

<sup>2</sup> Intitulada “Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Autorizado de Dados Pessoais” (*Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, 108/1981) ou Convenção de Strasbourg.

<sup>3</sup> DONEDA, op. cit., p. 194: “Ela também adota um prisma universalista, pois não foi estruturada como uma convenção puramente “europeia”, tendo sido aberta para adesões também de países não membros do Conselho da Europa - ratificaram a Convenção 108 inclusive países latino-americanos, como Argentina, México e Uruguai”.

<sup>4</sup> Ibid., p. 196.

<sup>5</sup> SMITH, Robert Ellis. *Privacy, how to perfect what's left of it*. New York: Anchor Press, 1979, p. 11.

<sup>6</sup> LOSANO, Mario G. *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*. *Diritto pubblico*, v. 23, n. 3, 2017, p. 660: “In Germania il timore che lo Stato informatizzato giunga a un controllo totale del cittadino portò a coniare l'espressione “Gläserner Bürger” (cioè “cittadino trasparente come il vetro”) quando il censimento del 1982 suscitò un forte dibattito pubblico a causa delle domande troppo invasive sulla vita privata del singolo”. Tradução livre: “Na Alemanha o receio de que o Estado informatizado chegasse a um controle total do cidadão levou à cunhagem da expressão “Gläserner Bürger” (isto é “cidadão transparente como o vidro”) quando o censo de 1982 despertou um forte debate público devido às questões demasiado invasivas sobre a vida privada do indivíduo”.

<sup>7</sup> DONEDA, op. cit., p. 165: “A República Federal da Alemanha possuía, desde 1977, uma lei federal de proteção de dados pessoais, a *Bundesdatenschutzgesetz*. É, aliás, alemã a primeira lei sobre a matéria (a lei do *Land* de Hesse, de 1970)”.

<sup>8</sup> Ibid., p. 169: “Concebido como um direito fundamental, na esteira do direito geral da personalidade, o direito à autodeterminação informativa proporciona ao indivíduo o controle sobre suas informações”.

<sup>9</sup> A LGPD consagrou a autodeterminação informativa como fundamento da disciplina da proteção de dados pessoais em seu artigo 2º, inciso II.

<sup>10</sup> GASIOLA, Gustavo Gil. Criação e desenvolvimento da proteção de dados na Alemanha: A tensão entre a demanda estatal por informações e os limites jurídicos impostos. *Jota*, 29 mai. 2019. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protecao-de-dados-na-alemanha-29052019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protecao-de-dados-na-alemanha-29052019)>. Acesso em: 8 ago. 2020.

É certo que a decisão da Corte Constitucional alemã se preocupou em assegurar a efetividade da tutela dos dados pessoais dos indivíduos, visando o pleno exercício da autodeterminação informativa<sup>1</sup>.

Isto posto, é valiosíssima a lição da renomada professora Helen Nissenbaum, ao pontuar que “O que as pessoas se preocupam não é simplesmente restringir o fluxo de informações, mas assegurar que ele flua apropriadamente”<sup>2</sup>.

Após a Convenção 108, surge a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>3</sup>, em 1995, documento que efetivamente padroniza a proteção de dados pessoais na União Europeia<sup>4</sup>. Sua preocupação era não só promover a circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais entre países-membros (o que implica o trânsito de dados pessoais) mas também proteger a pessoa em relação ao tratamento desses dados<sup>5</sup>.

No dia 25 de maio de 2018, o *General Data Protection Regulation* (GDPR) - Regulamento Europeu de Proteção de Dados, da União Europeia<sup>6</sup>-, entra em vigor e substitui a Diretiva 95/46/CE. O Regulamento tem aplicação extraterritorial, isto é, a depender da natureza e da forma de oferta de bens e serviços de determinada organização, mesmo que sediada no Brasil, esta ficará obrigada a cumprir todo o regramento constante do GDPR<sup>7</sup>. Nesse panorama, Laura Schertel Mendes e Bruno Bioni, elucidam que:

O RGPD é o ponto de chegada de uma longa jornada europeia no campo da proteção de dados pessoais. Após ter sido incluído o direito à proteção de dados como um direito fundamental na Carta de Direitos Fundamentais da EU e após anos de vigência da Diretiva 95/46, houve o diagnóstico em torno da necessidade de uma abordagem mais consistente e uniforme da proteção de dados por todo o bloco econômico europeu<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais...** op. cit., p. 98: “Na primeira parte do julgado, estabelece-se a importante construção de que o cidadão deve ter o controle sobre os seus dados pessoais, a fim de que ele possa autodeterminar as suas informações pessoais. Cunha-se, então, a expressão “autodeterminação informacional ou autodeterminação informativa”.

<sup>2</sup> Em inglês: “*What people care most about is not simply restricting the flow of information but ensuring that it flows appropriately*”. NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010, p. 2.

<sup>3</sup> Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 2 nov. 2020.

<sup>4</sup> DONEDA, op. cit., p. 196.

<sup>5</sup> Ibid., p. 198.

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>7</sup> MALDONADO, Viviane. Qual o melhor curso de LGPD?. *Nextlaw Academy*, 19 jul. 2020: “O GDPR entrou em vigor em abril de 2016 e teve sua aplicação plena diferida para 25/05/2018. A partir dessa data, muitos países, dentre eles o Brasil, passaram a considerar relevante a aprovação de uma lei nacional de proteção de dados, até porque, sem ela, o país não pode ser considerado adequado em termos de segurança perante a União Europeia, a comprometer a lógica econômica e negocial. Além disso, em algumas circunstâncias definidas, qualquer país do mundo fica obrigado a cumprir o Regulamento Europeu, em fenômeno de extraterritorialidade”.

<sup>8</sup> MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. **O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Ed. RT, v. 124, p. 163, 2019.

Não por coincidência, três meses depois da aplicação plena do Regulamento, diversos países perceberam a necessidade da existência de uma lei de proteção de dados pessoais em seus territórios, entre eles, o Brasil.

### 3 A IMPRESCINDIBILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Esclarecida a diferenciação entre direitos da personalidade, direito à privacidade e proteção de dados pessoais, cumpre discorrer sobre a imprescindibilidade de uma base normativa no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao uso de dados pessoais.

A Constituição Federal de 1988 declara em seu artigo 5º, inciso XII que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Essas garantias constitucionais, em conjunto com os direitos assegurados no inciso X, do mesmo dispositivo, consagram o chamado princípio da exclusividade<sup>1-2</sup>. Todavia a garantia ao sigilo das comunicações de dados pessoais, cuja finalidade consiste na proteção da esfera íntima do indivíduo diante de uma eventual interceptação, não assegura uma salvaguarda efetiva aos dados pessoais frente a amplitude que o tema alcançou na atualidade.

Do mesmo modo, o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, estabelece o direito de acesso pelo consumidor às suas informações pessoais presentes em bancos de dados e cadastros, em outras palavras, o legislador estabeleceu uma limitação a utilização abusiva de informações sobre o consumidor pelo fornecedor. Em síntese, o CDC buscou conferir a autodeterminação informativa, por meio de regras para garantir a exatidão dos dados até limitações temporais para o seu armazenamento<sup>3</sup>.

Menciona-se também o instituto do *habeas data* consagrado no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição brasileira de 1988, firmado no ordenamento jurídico no pós Ditadura Militar,

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017: “A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X), sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade (...)”.

<sup>2</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, 1993, p. 441: “(...) visa a assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontestável impositividade do poder político”.

<sup>3</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**... op. cit., p. 122.

período no qual diversas liberdades individuais foram suprimidas. Nas palavras de José Afonso da Silva, o *habeas data* tem por objetivo proteger a esfera íntima dos indivíduos contra:

(a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei<sup>1</sup>.

No entanto, do mesmo modo que as garantias constitucionais do artigo 5º, inciso XII, as disposições do CDC e o *habeas data* mostram-se limitados frente à dinamicidade do fenômeno tecnológico e maturação da disciplina de proteção de dados pessoais.

### 3.1 Contextualização

De início, é de suma importância assinalar uma breve diferenciação entre dados e informação<sup>2</sup>, termos recorrentemente tratados como sinônimos. Ralph Stair e George Reynolds, lecionam que *dados* consistem em fatos brutos, como o número de funcionários, horas totais trabalhadas em uma semana, números de peças no estoque ou pedidos de vendas. Quando esses fatos são organizados de maneira significativa, tornam-se informação. *Informação* é uma coleção de fatos organizados e processados de modo que tenham valor adicional, que se estende além do valor dos fatos individuais<sup>3</sup>.

Com o crescimento exponencial do universo digital e a disponibilização de dados pessoais na rede, para operações que envolvam tratamento de dados pessoais<sup>4</sup>, há uma progressiva redução da capacidade do titular em precisar a real destinação e salvaguarda que lhes são conferidos. Nessa linha de raciocínio, Eduardo Magrani pontua que:

Cada vez mais, as informações que circulam pela internet não serão mais colocadas na rede tão somente por pessoas, mas por algoritmos e plataformas que trocam dados e informações entre si, formando um espaço de conexões de rede e informações cada vez mais automatizado<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> SILVA, op. cit., p. 456.

<sup>2</sup> A Lei de Acesso à Informação define informação em seu artigo 4º, inciso I como: “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato (...)”.

<sup>3</sup> STAIR, Ralph M.; REYNOLDS, George W. **Princípios de sistema de informação**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

<sup>4</sup> A LGPD define tratamento no artigo 5º, inciso X, como: “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

<sup>5</sup> MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, p. 25.

Ato contínuo, o arcabouço jurídico é provocado a se inovar em função deste constante aperfeiçoamento do ambiente digital. A respeito do desenvolvimento regulatório do direito à privacidade ao direito à proteção de dados pessoais, Laura Schertel Mendes e Gabriel Campos Soares da Fonseca verificam que:

De um lado, esse desdobramento histórico se deu em razão da necessidade de expansão e de “atualização” das formas jurídicas de tutela da personalidade dos cidadãos frente às mudanças tecnológicas ocorridas. De outro, estabeleceu-se também enquanto vetor de integração econômica dos países envolvidos e das dinâmicas empresariais multinacionais. Um cenário de fluxo massivo de dados pessoais no espaço virtual e de sofisticação do tratamento informatizado desses dados, tornando-os elemento relevantíssimo no sistema econômico mundial (...)¹.

É inegável que a positivação de uma lei brasileira com viés protetivo ao indivíduo em relação ao tratamento de seus dados pessoais², exigiu um trabalho intenso. Sobre tal labor, Laura S. Mendes e Danilo Doneda dissertam que:

A sanção da Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222) - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), no dia 14 de agosto de 2018, é resultado de um esforço de, pelo menos, oito anos de debates e duas consultas públicas, que se iniciaram desde a elaboração da primeira versão do anteprojeto de lei pelo Ministério da Justiça em 2010³.

Deve-se ressaltar que o Brasil, justamente por ter elaborado tardiamente uma base jurídica precisa para proteção e tratamento de dados pessoais, se inspirou no GDPR⁴, seguindo o fenômeno da “europeização” do nível protetivo⁵.

---

¹ MENDES; FONSECA. **Proteção de dados para além do consentimento...** op. cit., p. 512.

² Ibid., p. 517: “Apesar do nome sugestivo, a proteção de dados não se volta exclusivamente aos dados em si. O seu enfoque protetivo está no *titular* desses dados: quem arcará com os riscos e com as eventuais consequências prejudiciais do uso de seus dados pessoais. Nesse sentido, o papel regulatório é mais amplo: disciplinar a *informação* gerada a partir do processamento e do tratamento dos dados pessoais, em um devido contexto. São as informações extraídas a partir desses dados, e não eles próprios, que formarão a representação virtual do indivíduo na sociedade. Os dados precisam ser processados e organizados para a extração dessas informações. A partir delas, por exemplo, são geradas decisões ou interpretações que podem ampliar ou reduzir as oportunidades do titular no mercado, formatar sua “imagem” perante os setores público e privado, bem como desenvolver sua personalidade dentro da comunidade digital”.

³ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018)**: o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 120, p. 22, 2018.

⁴ MALDONADO, Viviane. Qual o melhor curso de LGPD?... op. cit.: “Não é propriamente um *copy & paste*, mas um exame superficial já revela que a organização lógica, os conceitos, os princípios e uma boa parte das regras foram literalmente replicados aqui no Brasil a partir daquele texto, que, na verdade, é também similar ao instrumento normativo que o antecedeu: a Diretiva 95/46, que agora se encontra revogada”.

⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da Lei 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2020.

Ademais, a LGPD além de estar em conformidade com o que preceitua o princípio da precaução<sup>1</sup>, admite um caráter preventivo<sup>2</sup> na proteção de dados pessoais<sup>3</sup>, ao impor responsabilização e prestação de contas<sup>4</sup> àqueles que tratam dados. Partindo-se desse pressuposto, Renato Leite Monteiro ressalta que:

A LGPD cria todo um novo regramento para o uso de dados pessoais no Brasil, tanto no âmbito online quanto offline, nos setores privados e públicos. Importante salientar que o País já dispunha de mais de 40 normas que direta e indiretamente tratavam da proteção à privacidade e aos dados pessoais. Todavia, a LGPD vem substituir e/ou complementar esse arcabouço regulatório setorial, que por vezes era conflituoso, pantanoso, trazia insegurança jurídica e tornava o País menos competitivo no contexto de uma sociedade cada vez mais movida a dados. O texto, fruto de uma ampla discussão, visa não somente garantir direitos individuais, mas também fomentar o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação por meio de regras claras, transparentes e amplas para o uso adequado de dados pessoais<sup>5</sup>.

Lamentavelmente, quando a LGPD foi sancionada em 2018 foi propagada uma mentalidade de que ela traria somente obrigações legais e sancionatórias para as organizações, em outras palavras, seria um entrave, e não propulsor de inovação. É notório que essa perspectiva é equivocada, posto que, a nova regulamentação pode funcionar como estímulo para que organizações criem um Programa de Governança em Privacidade<sup>6</sup> e, por conseguinte, alcancem maior confiabilidade de seus consumidores e do mercado em geral.

Nesse sentido, Renato Opice Blum e Shirly Wajsbrot, afirmam, com precisão que:

---

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 43: “Atualmente, o axioma tem sido invocado também para a tutela do *interesse público*, em ordem a considerar que, se determinada ação acarreta risco para a coletividade, deve a Administração Pública adotar postura de precaução para evitar que eventuais danos acabem por concretizar-se”.

<sup>2</sup> A LGPD consagra o princípio da prevenção no artigo 6º, inciso VIII como “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”.

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. //: FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 293: “(...) foi estabelecido modelo legislativo no Brasil que apresenta caráter preventivo. Busca-se antecipar os riscos de violação à privacidade, além de evitar danos à pessoa humana, tratamentos abusivos de informações e vazamento de dados”.

<sup>4</sup> A LGPD define o princípio da responsabilização e prestação de contas em seu art. 6º, inciso X como “demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”.

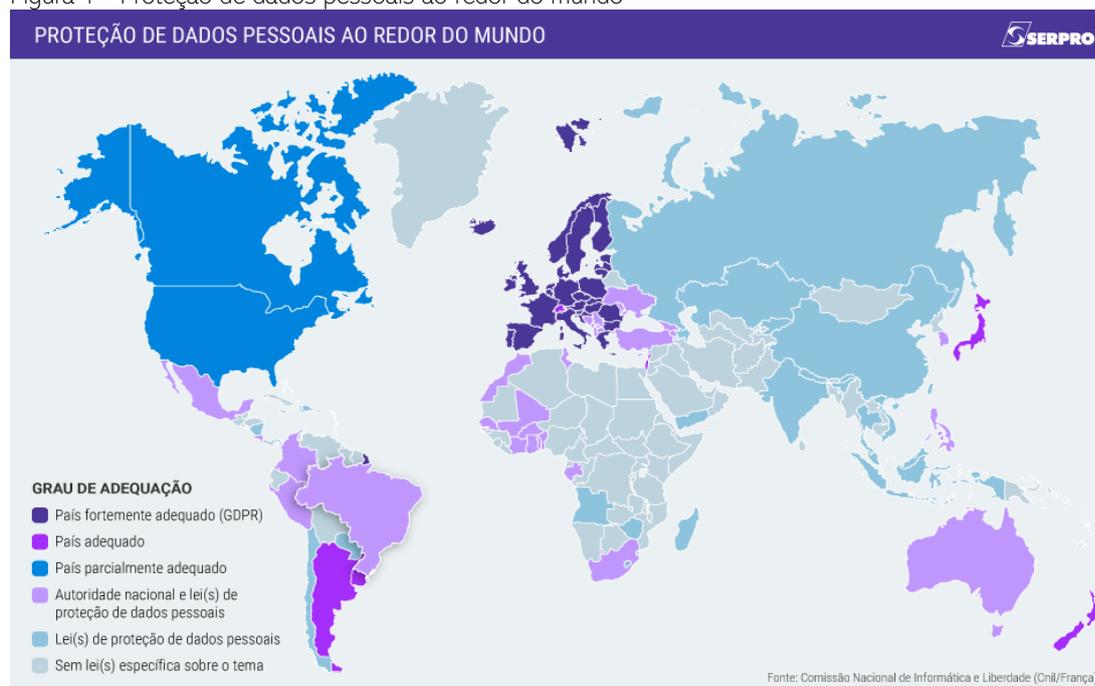
<sup>5</sup> MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada: A LGPD terá um impacto na sociedade como poucas leis antes tiveram. **Jota**, 14 jul. 2018. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018)>. Acesso em: 30 jul. 2020.

<sup>6</sup> JIMENE, Camilla do Vale. Da importância da segurança da informação para adequação à LGPD. //: OPICE BLUM, Renato. **Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 46: “É importante lembrar que a própria LGPD traz a solução para simplificar a jornada da adequação: no Capítulo “Da Segurança e das Boas Práticas”, no art. 50, § 2º, I, há recomendação de implementação de um Programa de Governança em Privacidade, com a descrição, até que com certa riqueza de detalhes, do que deveria constar desse plano”.

Compreender o momento de dependência dos dados pessoais e dos riscos gerados pela utilização desenfreada desses dados pode gerar oportunidades àqueles que conseguirem demonstrar sua preocupação com o mau uso dos dados de seus clientes e seu compromisso com a transparência e legalidade perante a sociedade. Em vez de questionar e postergar essa adequação à legislação de proteção de dados, serão beneficiadas as instituições que conseguirem demonstrar sua preocupação e compromisso com a privacidade do outro<sup>1</sup>.

O mapa a seguir, notadamente desenvolvido pela Serpro<sup>2</sup>, evidencia o grau de adequação de cada país, no que diz respeito à proteção de dados pessoais, desde aqueles sem legislações que versam sobre o tema até os mais reconhecidos como adequados:

Figura 1 - Proteção de dados pessoais ao redor do mundo



Fonte: Serpro (2020)

Notavelmente, Argentina e Uruguai se sobressaem frente aos outros países da América Latina, alcançando nível adequado no que concerne à proteção de dados pessoais. México, Peru, Costa Rica e Colômbia se destacam pela criação de uma autoridade nacional e lei geral de proteção de dados pessoais. Chile, Paraguai e Nicarágua, revelam-se à frente do Brasil, por sua precaução antecipada na entrada em vigor de uma lei específica sobre o tema. De fato, houve um atraso regulatório para proteção de dados pessoais no Brasil, em comparação com os países latino-americanos.

<sup>1</sup> OPICE BLUM, Renato Müller da Silva; WAJSBROT, Shirly. Um novo *mindset* de negócios - lidar com os desafios com um olhar disruptivo. In: OPICE BLUM, Renato. **Proteção de dados**: desafios e soluções na adequação à lei. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 4.

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/mapa-da-protexao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

### 3.2 Reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais pelo Supremo Tribunal Federal

Nos dias 06 e 07 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu uma decisão histórica considerada um marco no reconhecimento da proteção de dados pessoais, no Brasil. O Plenário da Suprema Corte referendou a Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 e suspendeu a eficácia da Medida Provisória (MP) 954/2020<sup>1-2</sup>.

Em meio a pandemia da COVID-19, a MP previa “o compartilhamento de dados<sup>3</sup> de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus”<sup>4</sup>. Ademais, o artigo 2º da MP, permitia que as empresas de telefonia, fixa ou móvel, disponibilizassem ao IBGE, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, para produção estatística oficial.

Todavia, não estava especificada no texto da MP para qual finalidade<sup>5</sup> os dados pessoais seriam tratados pelo instituto. Como argumenta a relatora, Ministra Rosa Weber, “a MP n. 954/2020 não explicita a finalidade do uso da pesquisa estatística, não demonstra a forma pela qual adequados e necessários os dados nem delimita o campo de proteção na operação de processamento de dados”<sup>6</sup>.

É perceptível que o ponto mais sensível da MP encontrava-se justamente, na coleta e compartilhamento de dados pessoais de *todos* os brasileiros que possuem linhas de telefonia,

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2020.

<sup>2</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **STF reconhece direito fundamental à proteção de dados**: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. Revista de Direito do Consumidor, v. 130, p. 1, 2020.

<sup>3</sup> Art. 5º da LGPD. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados; (...)”.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

<sup>5</sup> A LGPD define o princípio da finalidade, em seu artigo 6º, inciso I como “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”.

<sup>6</sup> BRASIL, 2020, p. 5.

fixa ou móvel com o IBGE, o que representa uma nítida ação excessiva do Estado, visto que a pandemia da COVID-19 não pode ser usada como pretexto para apropriação de dados pessoais<sup>1</sup>.

Em um cenário de intenso processamento de dados, a mudança de paradigma que o direito à proteção de dados pessoais abarca é a compreensão de que *qualquer* dado pessoal importa e não só dados sigilosos. Isso pode ser observado quando um dado pessoal que aparentemente não é considerado relevante em um determinado contexto, ao ser cruzado com outro pode revelar muito sobre uma pessoa<sup>2</sup>. Nessa linha de raciocínio, Laura S. Mendes e Gabriel C. S. da Fonseca verificam que:

É que, na linha do explicitado pela Ministra Rosa Weber, caso cruzados com outras informações e compartilhados com pessoas ou entidades distintas, esses dados podem ganhar novo valor no seio da sociedade da informação, sendo utilizados para fins muito distintos dos expostos na coleta inicial e sendo capazes de identificar o seu titular até mesmo formando, no plano virtual, perfis a seu respeito, porém sem sua participação<sup>3</sup>.

Nessa perspectiva, a internalização da proteção de dados pessoais pelo Supremo Tribunal Federal, como direito fundamental autônomo da privacidade, impulsiona um engajamento do setor das telecomunicações que, de fato, está diante de uma missão significativa de promover a segurança no tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, Bruno Bioni, afirma, com precisão que:

Com isso, facilita-se, dentre outras coisas, a percepção de que o tratamento de dados - sejam eles anônimos ou pessoais - que submeta uma coletividade ou uma pessoa a processos de decisões automatizadas deve estar dentro do escopo normativo da proteção dos dados pessoais. Essa é uma chave de leitura essencial para a compreensão da matéria na cultura jurídico-legal brasileira e dos desafios regulatórios de uma sociedade e uma economia cada vez mais movidas por dados<sup>4</sup>.

Mais uma vez, Laura S. Mendes, em matéria publicada no site Jota<sup>5</sup>, notadamente disserta que:

---

<sup>1</sup> MENDES; FONSECA. **STF reconhece direito fundamental à proteção de dados...** op. cit., p. 4-5: "O julgado histórico do Supremo Tribunal Federal esclarece que, no Estado Democrático de Direito, não se pode fornecer um cheque em branco para instituições públicas ou privadas, por mais respeitadas que sejam e por mais nobres os motivos envolvidos. O amplo acesso aos dados pessoais dos cidadãos brasileiros exige, no mínimo, balizas jurídicas claras e seguras quanto a essa coleta ou transferência, a partir da previsão de medidas de segurança e critérios de intervenção proporcionais à gravidade da restrição a esse direito fundamental".

<sup>2</sup> Ibid., p. 2-3: "O Tribunal formulou, assim, uma tutela constitucional mais ampla e abstrata do que o direito à inviolabilidade da esfera íntima e da vida privada. Essa tutela poderá ser aplicada em inúmeros casos futuros envolvendo a coleta, o processamento e o compartilhamento de dados pessoais no Brasil. O conteúdo desse direito fundamental exorbita aquele protegido pelo direito à privacidade, pois não se limita apenas aos dados íntimos ou privados, ao revés, refere-se a qualquer dado que identifique ou possa identificar um indivíduo".

<sup>3</sup> Ibid., p. 2.

<sup>4</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais...** op. cit., p. 81.

<sup>5</sup> MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais: Novo direito fundamental precisará ter contornos definidos tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina. **Jota**, 10 mai. 2020.

O julgamento é um marco, pois tornou expressa a tutela dos dados pessoais como direito fundamental. Assim, não é exagero afirmar que o seu significado para o Brasil é comparável ao julgamento da Corte constitucional alemã de 1983 que, de forma pioneira, estabeleceu o conceito de autodeterminação informativa naquele país, posteriormente influenciando e moldando os debates internacionais sobre proteção de dados. Curiosamente, tanto no caso brasileiro como no alemão, debatia-se a coleta realizada por órgãos estatais para a produção de estatística oficial, destacando a necessidade da implementação de medidas concretas para a proteção de direitos fundamentais, independentemente das boas intenções envolvidas e de sua relevante atuação. (...) Não por acaso, a tônica do julgamento deu-se em torno da centralidade que o tema da proteção de dados exerce para a manutenção da democracia. Observando os efeitos causados por acontecimentos recentes no Brasil e no mundo, a preocupação da Corte foi justamente com o perigo de que a vigilância - à primeira vista justificável em tempos de crise sanitária - pudesse ser estendida para além desse momento, limitando liberdades arduamente conquistadas. Como afirmado pela Ministra Rosa Weber em seu voto, a história nos ensina que uma vez estabelecida a sistemática de vigilância, há grande perigo de que as medidas não retrocedam e que os dados já coletados sejam usados em contextos muito diversos daquele que justificaram inicialmente a sua coleta.

É curioso notar que ainda que a LGPD não estivesse em vigor quando da decisão histórica proferida pelo Plenário do STF, é mais do que certo afirmar que a lei serviu como um roteiro norteador para os votos proferidos pelos ministros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões contidas nesta pesquisa são capazes de demonstrar a essencialidade de uma conscientização da sociedade brasileira, de uma forma geral, sobre a relevância de seus dados pessoais e os possíveis impactos que eventuais incidentes de segurança causam. À vista disso, traçou-se uma breve contextualização em torno da temática da proteção de dados pessoais.

O objetivo foi trazer à tona conceitos, assinalar diferenciações e dissertar sobre a LGPD e suas repercussões no Direito brasileiro. Essa precisão teórica é de singular importância para aqueles que se dedicarem a estudar e pesquisar sobre o tema da privacidade e da proteção de dados pessoais sob uma ótica jurídica. O estudo aqui desenvolvido informa e delinea a legislação civil e constitucional vigente, permitindo análises e investigações mais aprofundadas sobre o assunto.

A despeito da tardia elaboração e entrada em vigor de uma base jurídica precisa para proteção e tratamento de dados pessoais no Brasil, o mencionado reconhecimento da proteção de dados pessoais pelo STF, como um direito fundamental autônomo da privacidade, revela o amadurecimento progressivo da disciplina.

No mais, é evidente a importância da disseminação da cultura da privacidade e da proteção de dados pessoais, posto que a sociedade passará a consumir produtos e/ou serviços

de empresas, corporações e/ou organizações que se comprometam a seguir as normas da LGPD. Por conseguinte, o mercado assegurará aos consumidores o tratamento ideal de seus dados pessoais, de modo a reduzir a incidência de litígios que poderiam ser buscados em massa, junto aos Tribunais.

## REFERÊNCIAS

- BIONI, Bruno R. 18 livros e textos para entender Privacidade e Proteção de Dados Pessoais: Uma seleção do básico da literatura nacional e estrangeira no tema. **Jota**, 8 jun. 2018. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/carreira/privacidade-dados-pessoais-livros-08062018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/carreira/privacidade-dados-pessoais-livros-08062018)>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002. 320 p.
- BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *In*: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 27 out. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020**. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387**. Rel. Min.

Rosa Weber. Brasília, DF, 24 abr. 2020. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>>. Acesso: 21 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CHAPARRO, Manuel Carlos. Cem Anos de Assessoria de Imprensa. *In*: DUARTE, Jorge.

**Assessoria de Imprensa e Relacionamento com a Mídia**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33-51.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459, 1 jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>.

Acesso em: 21 ago. 2020.

GASIOLA, Gustavo Gil. Criação e desenvolvimento da proteção de dados na Alemanha: A tensão entre a demanda estatal por informações e os limites jurídicos impostos. **Jota**, 29 mai. 2019.

Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protecao-de-dados-na-alemanha-29052019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protecao-de-dados-na-alemanha-29052019)>.

Acesso em: 8 ago. 2020.

GREENWALD, Glenn. **No place to hide: Edward Snowden, the NSA and the Surveillance State**.

JIMENE, Camilla do Vale. Da importância da segurança da informação para adequação à LGPD.

*In*: OPICE BLUM, Renato. **Proteção de dados**: desafios e soluções na adequação à lei. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**: Lei n.

13.709/2018, com alteração da Lei 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

LOSANO, Mario G. *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*. **Diritto pubblico**, v. 23, n. 3, p. 657-682, 2017.

MAGRANI, Eduardo. **A Internet Das Coisas**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MALDONADO, Viviane. Qual o melhor curso de LGPD?. **Nextlaw Academy**, 19 jul. 2020.

Disponível em: <<https://www.nextlawacademy.com.br/blog/qual-o-melhor-curso-de-lgpd>>.

Acesso em: 28 set. 2020.

MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. **O Regulamento Europeu de Proteção de Dados**

**Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira**: mapeando convergências na direção de

um nível de equivalência. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Ed. RT, v. 124, p. 157-180, 2019. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/42741224/O\\_regulamento\\_europeu\\_de\\_proteção\\_de\\_dados\\_pessoais\\_e\\_a\\_lei\\_geral\\_de\\_proteção\\_de\\_dados\\_brasileira\\_mapeando\\_convergências\\_na\\_direção\\_de\\_um\\_n%C3%ADvel\\_de\\_equivalência](https://www.academia.edu/42741224/O_regulamento_europeu_de_proteção_de_dados_pessoais_e_a_lei_geral_de_proteção_de_dados_brasileira_mapeando_convergências_na_direção_de_um_n%C3%ADvel_de_equivalência)>. Acesso em: 29 out. 2020.

MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais: Novo direito fundamental precisará ter contornos definidos tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina. **Jota**, 10 mai. 2020. Disponível em:

<[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020)>.

Acesso em: 22 jun. 2020.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018)**: o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, 2018.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. **Proteção de dados para além do consentimento**: tendências contemporâneas de materialização. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/44165325/Proteção\\_de\\_dados\\_para\\_além\\_do\\_consentimento\\_tendências\\_contemporâneas\\_de\\_materialização?auto=download](https://www.academia.edu/44165325/Proteção_de_dados_para_além_do_consentimento_tendências_contemporâneas_de_materialização?auto=download)>. Acesso em: 14 out. 2020.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **STF reconhece direito fundamental à proteção de dados**: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, 2020.

Disponível em:

<[https://www.academia.edu/44165137/STF\\_reconhece\\_direito\\_fundamental\\_à\\_proteção\\_de\\_dados?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/44165137/STF_reconhece_direito_fundamental_à_proteção_de_dados?email_work_card=view-paper)>. Acesso em: 28 set. 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada: A LGPD terá um impacto na sociedade como poucas leis antes tiveram. **Jota**, 14 jul. 2018. Disponível em:<[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018)>. Acesso em: 30 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/39161776/Alexandre\\_de\\_Moraes\\_Direito\\_Constitucional\\_2017\\_](https://www.academia.edu/39161776/Alexandre_de_Moraes_Direito_Constitucional_2017_)>. Acesso em: 17 dez. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os direitos da personalidade**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9689598/Ampliando\\_os\\_direitos\\_da\\_personalidade](https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade)>. Acesso em: 9 jul. 2020.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010. Disponível em: <[https://crypto.stanford.edu/portia/papers/privacy\\_in\\_context.pdf](https://crypto.stanford.edu/portia/papers/privacy_in_context.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2020.

OPICE BLUM, Renato Müller da Silva; WAJSBROT, Shirly. Um novo *mindset* de negócios - lidar com os desafios com um olhar disruptivo. *In*: OPICE BLUM, Renato. **Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODOTÀ, Stefano. Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoDoDireito.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

RODRIGUES, Paula Marques; VIEIRA, Alessandra Borelli. Educação como um dos pilares para a conformidade. *In*: OPICE BLUM, Renato. **Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS. **Mapa sobre proteção de dados no mundo**. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/mapa-da-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SMITH, Robert Ellis. *Privacy, how to perfect what's left of it*. New York: Anchor Press, 1979.

SOLOVE, Daniel J. *I've got nothing to hide and other misunderstandings of privacy*. *San Diego L. Rev.*, v. 44, p. 745, 2007. Disponível em:

<[https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1159&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1159&context=faculty_publications)>. Acesso em: 5 jul. 2020.

STAIR, Ralph M.; REYNOLDS, George W. **Princípios de sistema de informação: Tradução da 11ª edição norte-americana**. Tradução Noveritis do Brasil. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**.

Disponível em:

<[https://www.academia.edu/31740015/A\\_tutela\\_da\\_personalidade\\_no\\_ordenamento\\_civil\\_constitucional\\_brasileiro](https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro)>. Acesso em: 6 ago. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In*: FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: e suas repercussões no Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 287-322. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/40321216/Consentimento\\_e\\_proteção\\_de\\_dados\\_pessoais\\_na\\_LGPD](https://www.academia.edu/40321216/Consentimento_e_proteção_de_dados_pessoais_na_LGPD)>. Acesso em: 29 out. 2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 193, 1890. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

# LIMITES PARA O CONTROLE DE ARMAS

## A CAC ENQUANTO ESTRUTURA PARA GOVERNANÇA TECNOLÓGICA

---

Pedro Lyrio Verissimo Nery

Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

---

**Resumo:** A ideia de controlar a inovação tecnológica em aplicações militares encontra determinados desafios no mundo atual. Não somente é um tema marcado pelas incertezas inerentes ao desenvolvimento tecnológico, mas o contexto atual acarreta a participação de uma série de outros atores para além do Estado. O presente artigo almeja verificar se as estruturas do Escritório das Nações Unidas sobre Assuntos de Desarmamento e da Convenção sobre Certas Armas Convencionais conferem abertura institucional suficiente para construir um mecanismo de governança tecnológica eficaz e participativa para tratar desses desafios.

**Palavras-chave:** Direito Internacional. Governança Tecnológica. Inteligência Artificial. Limitação e Controle de Armas.

*Submetido em 27 de janeiro de 2022. Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1. INTRODUÇÃO

As incertezas relativas ao campo da autonomia e demais aplicação de Inteligência Artificial em equipamentos militares, bem como os riscos atrelados a sua contínua proliferação fazem com que o Direito Internacional não possa permanecer inerte frente tamanha insegurança jurídica. Nessa perspectiva esperar o desenvolvimento dessa tecnologia pode significar a impossibilidade de implementar regulamentações futuras nesse campo, em virtude das motivações políticas e comerciais que cercam armas autônomas<sup>1</sup>.

Paralelamente, o ramo da tecnologia militar e notadamente o de Inteligência Artificial é povoado pela participação de atores para além da esfera estatal, com o final da Guerra Fria sendo um marco na mudança das relações entre Estado e agentes privados no campo da segurança nacional e internacional<sup>2</sup>. Nesse diapasão, a mudança de paradigma representada pela queda do mundo polarizado e da figura política da União Soviética reorganizou as prioridades da agenda de segurança dos Estados e, pois, da alocação de recursos nesse setor, além de significar relevantes mudanças no mercado privado de segurança<sup>3</sup>. Notadamente, os Estados passaram a adotar um olhar mais focado na viabilidade econômica dos projetos de desenvolvimento, muitos destes com a participação ativa da iniciativa privada<sup>4</sup>. Dessa forma, esse período experimentou uma tendência de crescente privatização de uma série de funções militares anteriormente desempenhadas pelo Estado, além de uma circunstância de alta oferta e demanda por profissionais militares dispensados de seu serviço oficial, procurados por Estados de menor grau de desenvolvimento relativo que enfrentavam instabilidades, ameaças e conflitos internos<sup>5</sup>.

Em verdade, temos que na atualidade as empresas no ramo de segurança atuam muito mais inseridas na lógica de mercado, operando como verdadeiros negócios na preservação dos interesses dos acionistas e investidores<sup>6</sup>. Nesse sentido, destaca-se que a indústria armamentista

---

<sup>1</sup> ANDERSSON, Cecilia. *"Killer Robots: Autonomous Weapons and Their Compliance with IHL"*. Lund University Faculty of Law. p. 54.

<sup>2</sup> PERLO-FREEMAN, Sam; SKÖNS, Elisabeth. *"The Private Military Services Industry"*. SIPRI Insights on Peace and Security. No. 2008/1. Setembro de 2008. p. 1.

<sup>3</sup> KIRCHNER, Emil. *"Regional and global security: Changing threats and institutional responses"*. In KIRCHNER, Emil; SPERLING, James (eds.). *"Global Security Governance: Competing perceptions of security in the 21st century"*. Routledge. Nova York. 2007. p. 7.

<sup>4</sup> Inclusive, destaca-se que em 1993 a administração Clinton expressamente colocou o apoio por parte da administração pública à atividades de Pesquisa e Desenvolvimento de atores privados no epicentro de sua agenda econômica enquanto fator promotor de lucros e desenvolvimento. Ver STIGLITZ, Joseph; WALLSTEN, Scott. *"Public-Private Technology Partnerships: Promises and Pitfalls"*. American Behavioral Scientist. Vol. 43. N.1. Setembro de 1999. pp. 52-53.

<sup>5</sup> PERLO-FREEMAN, Sam; SKÖNS, Elisabeth. *"The Private Military Services Industry"*. SIPRI Insights on Peace and Security. No. 2008/1. Setembro de 2008. p. 1.

<sup>6</sup> PERLO-FREEMAN, Sam; SKÖNS, Elisabeth. *"The Private Military Services Industry"*. SIPRI Insights on Peace and Security. No. 2008/1. Setembro de 2008. p. 3.

privada cresceu ao ponto que simboliza a maior parcela da produção de armamentos nas economias de mercado<sup>1</sup>. Com efeito, as diferentes funções engajam diferentes tipos de atores, com diversas formas de regulamentação e participação do Estado<sup>2</sup>. Concomitantemente, não somente empresas privadas estão envolvidas em uma série de funções e serviços de natureza militar, como também a indústria privada de armas engloba a maior parte da produção de armamentos nas economias do mundo, com a privatização de atividades de pesquisa e desenvolvimento ainda em curso<sup>3</sup>. Desse modo, denomina-se indústria de serviços militares a junção de empresas que prestam serviços e estão engajadas em todas as áreas de atividades militares<sup>4</sup>.

Isso posto, temos que uma modalidade de limitação e controle de armamentos e equipamentos com capacidades de Inteligência Artificial deve necessariamente comportar a participação desses atores privados e de especialistas da academia, organizações da sociedade civil, da tecnologia e militares. O conceito de governança no campo da segurança global engloba necessariamente essa fragmentação da autoridade política entre atores públicos estatais e privados, em que o Estado opera pelo meio dessa multiplicidade de entes caracterizados pela não estatalidade de forma horizontal e não linear na coordenação de interesses e necessidades interdependentes na implementação de políticas vinculantes<sup>5</sup>. No contexto da governança de segurança global, observa-se que as relações entre os atores podem se dar de uma forma mais tradicional, a partir da interação e cooperação entre Estados, tal qual ocorre e operações de *peacekeeping*, por exemplo, assim como sem a presença de governos, a partir da interação entre

---

<sup>1</sup> PERLO-FREEMAN, Sam; SKÖNS, Elisabeth. *"The Private Military Services Industry"*. SIPRI Insights on Peace and Security. No. 2008/1. Setembro de 2008. p. 4.

<sup>2</sup> WULF, Herbet. *"Internationalizing and Privatizing War and Peace"*. Palgrave Macmillan. 2005. Nova York. pp. 43-47.

<sup>3</sup> PERLO-FREEMAN, Sam; SKÖNS, Elisabeth. *"The Private Military Services Industry"*. SIPRI *Insights on Peace and Security*. No. 2008/1. Setembro de 2008. p. 4, 6 e 8.

<sup>4</sup> Ademais, em 2006 por exemplo, nota-se que o Departamento de Defesa dos EUA gastou cerca de 3,918 bilhões de dólares em contratos com empresas como SAIC, CACI International, Jacobs Engineering e Battelle, que promovem, dentre outros serviços, atividades de pesquisa e desenvolvimento. No Reino Unido, por sua vez, conduz significante atividades de pesquisa e desenvolvimento por intermédio da Qinetiq, uma antiga agência pública de pesquisa que foi privatizada e tem laços fortes com outras empresas privadas e universidades, estando em destaque no ramo da pesquisa em I.A. e robóticas para fins militares. Por fim, a União Europeia também implementa parcerias público-privadas para esforços de pesquisa e desenvolvimento com potencial de aplicação dual em I.A. e robótica em diversos setores, dentre eles segurança. Ver PERLO-FREEMAN, Sam; SKÖNS, Elisabeth. *"The Private Military Services Industry"*. SIPRI *Insights on Peace and Security*. No. 2008/1. Setembro de 2008. p. 10; BOULANIN, Vincent; VERBRUGGEN, Maaïke. *"Mapping the Development of Autonomy in Weapon Systems"*. SIPRI: *Stockholm International Peace Research Institute*. Novembro de 2017. p. 97; pp. 103-104.

<sup>5</sup> DAASE, Christopher; FRIESENDORF, Cornelius. *"Security governance and the problem of unintended consequences"*. In DAASE, Christopher; FRIESENDORF, Cornelius (eds). *"Rethinking Security Governance"*. Routledge Contemporary Security Studies. Londres e Nova York. 2010. p. 3; KRAHMANN, Elke. *"Conceptualizing Security Governance"*. *Cooperation and Conflict: Journal of the Nordic International Studies Association*. Vol. 38(1). 2003. p. 11.

organizações da sociedade civil e empresas que conduzem atividades no ramo, adotando relativo protagonismo em comparação aos Estados em determinadas etapas<sup>1</sup>. Leia-se:

Notadamente, apesar da existência de instâncias em que a atuação dos Estados se dá nos moldes tradicionais, ressalta-se a prevalência de arranjos intermediários, ou seja, sistemas de redes compostas de atores institucionais chave de múltiplas natureza, com interesses em um mesmo tema, em que o papel desempenhado por esses atores caracteriza-se muitas vezes por sua experiência técnica e preocupações normativas comuns em uma atuação coordenada e não hierarquizada destinada à formulação de políticas uniformizadas e boas práticas em seus respectivos setores<sup>2</sup>.

Aqui, há de notar que esses atores não estatais, em que pese não estarem exercendo a concepção tradicional de autoridade, de fato exercitam uma espécie de autoridade privada. Nesse sentido, entes privados podem exercitar diferentes modalidades de autoridade baseadas em múltiplos fatores. Em verdade, o modelo de autoridade antes exercida de modo exclusivo pelos Estados também passou a ser exercida por organismos regionais e supranacionais, que ganharam protagonismo após o final da Guerra Fria e a proeminência do multilateralismo<sup>3</sup>. Com efeito, essa autoridade privada surge a partir da delegação, permissão ou mesmo inação dos Estados, que, dado os novos paradigmas do século XXI, permitiram a aurora dessas bases alternativas para governança fora da sua figura. Dessa forma, da mesma forma que organizações da sociedade civil como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha universidades podem exercer autoridade com base na expertise jurídica em determinados temas, empresas de tecnologia podem participar da governança de segurança no que tange tecnologias de combate em função de seus conhecimentos técnicos sobre os armamentos. Inclusive, até mesmo grupos armados não estatais exercem uma espécie de autoridade privada baseada no seu domínio sobre determinada porção do território ou população<sup>4</sup>.

O objetivo do presente trabalho é examinar por intermédio do método dedutivo se a

---

<sup>1</sup> BIERSTEKER, Thomas. *"Global Security Governance"*. In Dunn-Cavelty, M. & Balzacq, T. (eds.) Routledge Handbook of Security Studies. Routledge. 2 Ed. 2016. Nova York. pp. 758-759.

<sup>2</sup> BIERSTEKER, Thomas. *"Global Security Governance"*. In Dunn-Cavelty, M. & Balzacq, T. (eds.) Routledge Handbook of Security Studies. Routledge. 2 Ed. 2016. Nova York. p. 760.

<sup>3</sup> KIRCHNER, Emil. *"Regional and global security: Changing threats and institutional responses"*. In KIRCHNER, Emil; SPERLING, James (eds.). *"Global Security Governance: Competing perceptions of security in the 21st century"*. Routledge. Nova York. 2007. p. 3 e 4.

<sup>4</sup> *"A great variety of non- state actors are engaged in global security governance, from advocacy networks like the International Campaign to Ban Landmines to public policy think tanks, private military companies, militia groups and warlords, transnational movements engaged in the commission of acts of terrorism, and, in some instances, even mafias and vigilante groups. They can be said to be authoritative because they establish standards, provide social welfare, enforce contracts, maintain security for certain populations, and offer an alternative basis for governance."* BIERSTEKER, Thomas. *"Global Security Governance"*. In Dunn-Cavelty, M. & Balzacq, T. (eds.) Routledge Handbook of Security Studies. Routledge. 2 Ed. 2016. Nova York. p. 756.

estrutura das Nações Unidas, especificamente do Escritório das Nações Unidas para Assuntos de Desarmamento (*UNODA*) e da Convenção sobre Armas Convencionais conferem abertura institucional compatível com a construção de uma estrutura de governança tecnológica capaz de impor um controle aos impactos negativos de inovações tecnológicas associadas à Inteligência Artificial em armamentos e equipamentos militares. Nessa medida, se optou pela análise do referido arcabouço pois se trata, como se verá adiante, não somente de um fórum histórico para acordos de limitações a armamentos e tecnologias de aplicação militar, como também é uma estrutura institucional onde o tema já vem sendo debatido, tanto informal quanto formalmente. Sendo assim, primeiramente estabeleceremos uma construção teórica acerca de limitações, banimentos e construção de mecanismos de controle de armamentos. Posteriormente, veremos um pequeno histórico do arcabouço da Convenção sobre Armas Convencionais. Finalmente, observaremos e analisaremos os mecanismos de monitoramento da CAC, tendo em vista a construção de um modelo amplo de governança tecnológica capaz de exercer um controle efetivo sobre essa tecnologia e as inovações a ela atreladas.

## 2. LIMITES PARA ARMAMENTOS

O banimento e o controle de armamentos, no Direito Internacional Humanitário, se consubstanciam pelo acordo, por intermédio de um instrumento convencional vinculante, de que os Estados signatários passarão a abster-se do uso de determinado armamento dentre suas forças armadas, operações militares, ocupações ou conflitos armados. Nessa perspectiva, já ensina Gary Solis<sup>1</sup> que a restrição no que tange a armamentos não é uma concepção moderna, com referências a esse gênero de iniciativa proibitiva ao que se chama de armamentos “hiper-destrutivos” desde o ano 200 antes de Cristo. Em sua obra, cita como exemplo o poema épico da Índia *Mahabharatha*, em que o herói se absteve de usar uma arma mitológica da deusa Siva, capaz de destruir todos os seres vivos (*pasupathastra*), em observância às leis da guerra convencionadas. Durante a Idade Média, inclusive, o Conselho Latrão de 1132 tentou atribuir contornos ilegais à besta e ao arbeleto, considerando-os armas “não-cristãs”<sup>2</sup>. Igualmente, em 1625, o eminente jurista Hugo Grócio reconhece que, em sua visão, o envenenamento de munições, elemento que dobraria as causas de óbito à época, seria contra o que chama de “leis

---

<sup>1</sup> GREEN, Leslie. “Essays on the Modern Law of War”. Transational. Segunda edição. Ardsley, Nova York. 1999. p. 330. In: SOLIS, Gary. “*The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*”. Cambridge University Press. Cambridge, Reino Unido. 2012. p. 577.

<sup>2</sup> DRAPER, G.I.A.D. “*The Interaction of Christianity and Chivalry in the Historical Development of the Law of War*”. *International Review of the Red Cross*. Vol 5. 46. 1965. p. 19.

das nações”<sup>1</sup>. Por fim, a já mencionada Declaração São Petersburgo de 1868 também é um exemplo histórico de banimento, uma vez que, por intermédio de tal instrumento, os Estados renunciaram ao uso de algumas espécies de projéteis explosivos e balas “dum-dum”<sup>2</sup> em guerra.

O fundamento do DIH, desde o princípio, é precisamente a concepção de que, por mais que o conflito seja inevitável, deve-se mesmo assim procurar estabelecer parâmetros mínimos de humanidade e preservação à vida e dignidade a essa circunstância, mitigando suas consequências negativas. Inclusive, essa ideia que motivou a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha<sup>3</sup>. Nesse sentido, as mesmas concepções baseiam as principais fontes do DIH até a atualidade: as Convenções de Genebra de 1949 e os Protocolos Adicionais I e II de 1977. Primeiramente, as Convenções de Genebra de 1949 se fundam sobre o princípio que os indivíduos não ativamente engajados no combate devem ser tratados humanamente, ou seja, idealmente o conflito armado deveria ser engajado entre as respectivas forças armadas dos Estados beligerantes. Em um segundo momento, os Protocolos Adicionais de 1977<sup>4</sup> expandiram os mandamentos já consolidados nas Convenções de Genebra, inclusive refletindo normas costumeiras. Nesse contexto, o direito dos beligerantes de escolher meios e mecanismos de guerra claramente é limitado pelas proteções conferidas a feridos, doentes, civis e seus objetos, prisioneiros de guerra etc. Dessa forma, uma série de princípios são consubstanciados em tais diplomas que especificam detalhes da proteção outorgada a esses indivíduos dentro da condução de hostilidades<sup>5</sup>. Inclusive, nota-se que esses princípios não somente são vinculantes aos Estados signatários das respectivas Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais, uma vez que hoje são tratados como normas costumeiras de Direito Internacional (*jus cogens*).

<sup>1</sup> GRÓCIO, Hugo. *“De Jure Belli Ac Pacis”*. Volume 2. Tradução por Francis Kelsey. William Hein reimpressão. Buffalo, Nova York. 1995. Livro III, Capítulo IV, XVI.I. p. 652 e 653.

<sup>2</sup> Também conhecidas como balas de fragmentação, que, ao entrar em contato com o alvo, se estilhaçam no interior do corpo do alvo.

<sup>3</sup> O histórico do Comitê Internacional da Cruz Vermelha remonta a Batalha de Solferino em 1859. Nesse confronto, Henry Dunant ajudou soldados feridos e posteriormente costurou junto a líderes políticos a adoção de medidas de proteção às vítimas de guerra. Dessa maneira, a criação da Cruz Vermelha se confunde com o próprio nascimento do Direito Internacional Humanitário. Nessa medida, desde sua criação oficial em 1863, o objetivo maior do CICV é a garantia da proteção e assistência às vítimas de conflitos armados. Inclusive, como já mencionado, essa relação intrínseca com conflitos armados leva à importância vital do Comitê na interpretação e aplicação das “leis da guerra”. Ver o sítio eletrônico do CICV disponível em <https://www.icrc.org/pt/o-cicv/historia>. Acesso em 11 de janeiro de 2022.

<sup>4</sup> Nota-se aqui que, além dos Protocolos I e II, há um terceiro Protocolo Adicional adotado em 2005.

<sup>5</sup> Aqui, o conceito moderno de “hostilidades” engloba a noção tradicional de atos de guerra em contextos de conflitos armados, seja de caráter internacional ou interno. Nessa medida, apesar de nenhuma convenção estabelecer uma definição precisa, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha coloca a ideia de “hostilidades” como a soma de quaisquer operações militares que possam ocorrer dentro de um conflito armado. Dessa forma, todas atividades, violentas ou não, que objetivem o apoio a uma das partes do conflito armado por intermédio da causação direta de dano em qualquer grau ao esforço militar da outra parte estariam inseridas nas “hostilidades”. Ver CICV. Relatório *“Expert Meeting Direct Participation in Hostilities”*. 2005. p. 21 e 22; MELZER, Nils. *“Targeted Killings In International Law”*. Oxford University Press. Reino Unido. p. 275 e 276.

Observa-se que o fundamento que cerca o argumento pelo banimento das armas autônomas é particular, sobretudo quando o comparamos com os que baseiam demais exemplos de proibições completas no Direito Internacional. Nessa medida, enquanto muitos dos banimentos existentes se baseiam na restrição ao sofrimento desnecessário ou ao fato de, por natureza, se tratarem de armamentos cujo ataque se dá de forma indiscriminada, quanto aos armamentos autônomos, por outro lado, advoga-se pelo banimento em razão do alto grau de incerteza que rodeia o desenvolvimento dessa tecnologia. Nesse diapasão, reafirma-se que o estado da arte da autonomia não permite, em certos contextos, uma confiável distinção entre civis e combatentes, de modo que os ataques podem eventualmente ser considerados indiscriminados.

Paralelamente, destaca-se que apenas seres humanos possuem a habilidade de confiavelmente interpretar as ações de um alvo em potencial, tendo melhor capacidade de julgamento em situações complexas, até por serem capazes de atos de misericórdia. Ainda, preservar o envolvimento humano no ciclo decisório não só facilitaria a atribuição de responsabilidade por atos em dissonância com as leis da guerra<sup>1</sup>, como também seriam circunstâncias mais éticas e morais dentro de uma situação de guerra.

Por fim, argumenta-se que seria imoral, mesmo *in abstractu*, permitir que uma máquina, sem supervisão humana, tome uma decisão final com relação à vida ou morte de um ser humano. Nesse sentido, uma máquina não poderia completamente substituir a presença de um agente dotado de capacidade de julgamento moral tal qual um ser humano, indivíduo detentor de consciência<sup>2</sup>. Em verdade, esse argumento com um princípio moral deveria ser algo a ser decidido por nós enquanto sociedade, definindo quais seriam as funções que entes robóticos poderiam potencialmente realizar. Assim, usando, inclusive, como fundamento as bases teóricas para proibição de minas terrestres, os advogados desse banimento afirmam que o fato que uma arma não ser usada por um humano para mirar e engajar automaticamente a torna inerentemente ilegal.

Em que pese a variedade de argumentos, existem contrapontos relevantes que necessitam ser apontados. Em primeiro lugar, apesar da falta de confiabilidade em termos de distinção, a afirmativa genérica de que todo o uso de armas autônomas seria indiscriminado parte de uma concepção simplista dos conflitos armados. Nessa perspectiva, longos já se passaram os

---

<sup>1</sup> *Human Rights Watch e International Human Rights Clinic. "Losing Humanity: The Case Against Killer Robots".* Novembro 2012. Disponível em [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112\\_ForUpload.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112_ForUpload.pdf) Acesso em 03 de janeiro de 2022. p. 45 e 46.

<sup>2</sup> BOLTON, Matthew; NASH, Thomas; MOYES, Richard. *"Ban autonomous armed robots"*. Article36.org. 5 de Março de 2012. Disponível em <http://www.article36.org/statements/ban-autonomous-armed-robots/> Acesso em 12 de dezembro de 2021.

anos em que os combates se caracterizavam pela contraposição de duas forças militares terrestres. Notadamente, o momento atual da guerra é marcado pela pluralidade contextual: embates não lineares em solo, marítimos, aéreos, combates contra forças não-uniformizadas.

Isso posto, dizer que o uso desses equipamentos autônomos, em qualquer das mais variadas circunstâncias impostas pelas guerras modernas é uma generalização, no mínimo, grosseira. É importante destacar que não estamos tratando de armamentos cujo potencial destrutivo é inerentemente digno de uma “*pasupathastra*” ou com consequências terríveis e desumanas tais quais armas químicas ou de gás, mas sim de mecanismos cujas aplicações militares são facilmente customizáveis, podendo ter seu potencial bélico adaptado mediante a circunstância da operação em concreto.

Nesse sentido, ressalta-se que a análise da legalidade de armamentos é um processo complexo, de modo que, a depender das circunstâncias, qualquer arma pode ser empregada de forma ilegal<sup>1</sup>, não acarretando, necessariamente, a ilegalidade do equipamento *per se*. Consequentemente, reduzir o uso de máquinas autônomas a somente certos contextos militares, de modo que se possa garantir o cumprimento com o princípio da distinção e sem que isso remonte um banimento é colocado por parte da doutrina como uma solução mais plausível para a questão<sup>2</sup>.

Atualmente, diversos tipos diferentes de armamentos são objetos de banimento: minas antipessoais, armas químicas, de gás e biológicas, munições de fósforo branco, lasers, lança-chamas etc. Aqui, destaca-se que a proibição a muitos desses armamentos está contida na Convenção das Nações Unidas de 1980 sobre Armas Convencionais e seus protocolos adicionais, que se fundam notadamente em princípios humanitários costumeiros no sentido de condenar o uso de armas indiscriminadas e o uso de outras cuja natureza venham a causar sofrimento desnecessário<sup>3</sup>.

Inclusive, o histórico relativo ao banimento de armas de gás e químicas é um alerta para armamentos autônomos no que tange a relação com o interesse dos Estados e a necessidade militar. Historicamente, desde 1863, no artigo 16 do Código Lieber, o uso de veneno, em

---

<sup>1</sup> SOLIS, Gary. “*The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*”. Cambridge University Press. Cambridge, Reino Unido. 2012. p. 595.

<sup>2</sup> CASS, Kelly. “*Autonomous Weapons and Accountability: Seeking Solutions in the Law of War*”. Loyola of Los Angeles Law Review Vol. 48. 4 de janeiro de 2015. p. 1043.

<sup>3</sup> Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais que Podem ser Consideradas como Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados. Disponível em <https://www.icrc.org/en/document/1980-convention-certain-conventional-weapons> Acesso em 28 de dezembro de 2020.

qualquer circunstância não poderia ser justificado pela necessidade militar<sup>1</sup>. Ademais, as Conferências de Paz da Haia de 1899 e 1907 pareciam significar uma forte vontade estatal contra o uso de tais armamentos<sup>2</sup>.

Contudo, em 1914, em meio aos horrores do combate de trincheira, as restrições legais e morais da época no tocante ao uso de gases venenosos começou a erodir frente às pressões da necessidade militar<sup>3</sup>. Nesse sentido, destaca-se o discurso do General Berthold Von Deimling, comandante das forças alemãs no ataque à cidade de Ypres, que, apesar de expressar sua repulsa com o uso de tal armamento, reconhece que caso o emprego dessa arma significasse a caída de Ypres nas mãos alemãs, isso poderia mudar a guerra e, portanto, reservas pessoais deveriam ser silenciadas<sup>4</sup>. Com isso, tanto os britânicos quanto os franceses formaram batalhões especializados em combate com gás, perfectibilizando um terrível escalonamento que tornou armas químicas e de gás os símbolos maiores da Primeira Guerra Mundial. Não obstante convenções posteriores terem estabelecido a proibição completa a esse gênero de armamento, culminando eventualmente em convenções do sistema onusiano<sup>5</sup>, essa lógica estatal ainda pode permanecer na mente dos Estados e vir a ser relevante no debate dos equipamentos autônomos.

Um das primeiras e maiores referências a um banimento completo relativo à autonomia em armamentos data de 2009, pelo ainda recém estruturado Comitê Internacional para Controle de Armas Robóticas (*International Committee for Robot Arms Control* – ICRAC). Nessa perspectiva, a organização, conforme sua missão estabelece, é focada na promoção da proibição do desenvolvimento e emprego de sistemas de armas autônomos, de modo que a legitimidade da decisão de retirar uma vida deveria estar adstrita à condição humana<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> O Código Lieber foi uma das primeiras codificações modernas de leis da guerra, momento em que Abraham Lincoln emitiu diretrizes de conduta em combate para os exércitos dos Estados Unidos no período da Guerra Civil. Nesse contexto, não somente o art. 14 constata que a necessidade militar é limitada pelo princípio da humanidade, como também o art. 16 estabelece que a necessidade militar não comporta crueldade.

<sup>2</sup> Nessas ocasiões foram assinados a Declaração Concernente a Gases Asfixiantes (tradução livre de “*Declaration Concerning Asphyxiating Gases*”) e o Regulamento IV de Haia de 1907, que seu artigo 23 elenca uma proibição expressa ao uso de armas com veneno.

<sup>3</sup> TUCKER, Jonathan. “*War of Nerves*”. Pantheon. Nova York. 2006. p. 11 e 12.

<sup>4</sup> TUCKER, Jonathan. “*War of Nerves*”. Pantheon. Nova York. 2006. p. 13. Citando Berthold von Deimling.

<sup>5</sup> Aqui, destaca-se a Convenção sobre a Proibição do do Desenvolvimento, Produção, Estocagem de Armas Bacteriológicas (Biológicas) e à Base de Toxinas e sua Destruição. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-77374-1-abril-1976-426054-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso 06 de janeiro de 2022. Ainda, ressalta-se a Convenção Internacional de 1993 sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso de Armas Químicas e sobre a Destruição das Armas Químicas Existentes no Mundo. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2977.htm). Acesso em 07 de janeiro de 2022.

<sup>6</sup> Ver a missão do *International Committee for Robot Arms Control* (ICRAC). Disponível em <https://www.icrac.net/about-icrac/>. Acesso em 4 de janeiro de 2022. Inclusive, são membros dessa organização internacional diversas autoridades nos ramos da robótica e inteligência artificial, relações internacionais, direitos humanos e direito internacional humanitário etc, tais como Noel Sharkey, Peter Asaro e Jurgen Altman.

Outro relevante expoente pela proibição completa de equipamentos militares autônomos é a atuação da *Human Rights Watch* em conjunto com a *International Human Rights Clinic* da Escola de Direito de Harvard, emitindo recomendações gerais para que a produção e desenvolvimento de todas as etapas produtivas dessa tecnologia, bem como seu uso seja fortemente limitado em algum instrumento internacional com força vinculante, ou mesmo dentro dos sistemas jurídicos internos dos Estados (por intermédio de leis ou políticas públicas)<sup>1</sup>.

O controle de determinados armamentos também pode ocorrer em diferentes etapas do seu processo de desenvolvimento e uso. Notadamente, tratados de não proliferação almejam impedir qualquer tipo de acesso à tecnologia em questão. Um exemplo dessa sorte de tratado é o TNP (Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares), que, em seus artigos 1, 2 e 3 estabelecem a proibição de Estados detentores de tecnologia nuclear transferi-la a outros, bem como vedam que Estados que não a possuam procurem recebê-la<sup>2</sup>. Adicionalmente, alguns tratados de banimento vedam que armamentos sejam desenvolvidos a partir de uma tecnologia, enquanto outros limitam a quantidade de armas que podem ser produzidas e outros tão somente vedam ou regulam o uso de certos sistemas de armas<sup>3</sup>.

Paralelamente, um certo limite aos armamentos também é implementado mesmo nas armas que são permitidas ao uso em conflitos armados, por intermédio de limitações ao comércio desses equipamentos. Nesse sentido, o Tratado sobre Comércio de Armas é considerado a resposta à questão das transferências e exportação de armas por parte do Sistema Universal Onusiano. Nesse diapasão, o documento foi negociado e adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2 de abril de 2013 e entrou em vigor em 24 de dezembro de 2014, possuindo atualmente 110 Estados parte, 31 Estados signatários que ainda não se tornaram partes e 54 Estados que não signatários<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Human Rights Watch e International Human Rights Clinic. "Losing Humanity: The Case Against Killer Robots"*. Novembro 2012. Disponível em [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112\\_ForUpload.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112_ForUpload.pdf). Acesso em 03 de janeiro de 2022.

<sup>2</sup> O TNP foi ratificado no Brasil pelo Decreto 2864 de 1998. Presidência da República. Decreto n. 2864. Subchefia de Assuntos Jurídicos. 7 de dezembro de 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2864.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2864.htm). Acesso em 11 de janeiro de 2022. Arts 1, 2 e 3.

<sup>3</sup> SCHARRE, Paul. "Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War". W.W. Norton & Company. Nova York. 2018. pp. 331-332. Aqui, nota-se que Paul Scharre elenca uma interessante tabela relativa diversos tipos de esforços de limitação de armamentos durante a história. Ver SCHARRE, Paul. "Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War". W.W. Norton & Company. Nova York. 2018. pp. 333-338.

<sup>4</sup> "*Status of ATT Participation*". Site oficial do Arms Trade Treaty. Disponível em <https://thearmstradetreaty.org>. Acesso em 25 de dezembro de 2021.

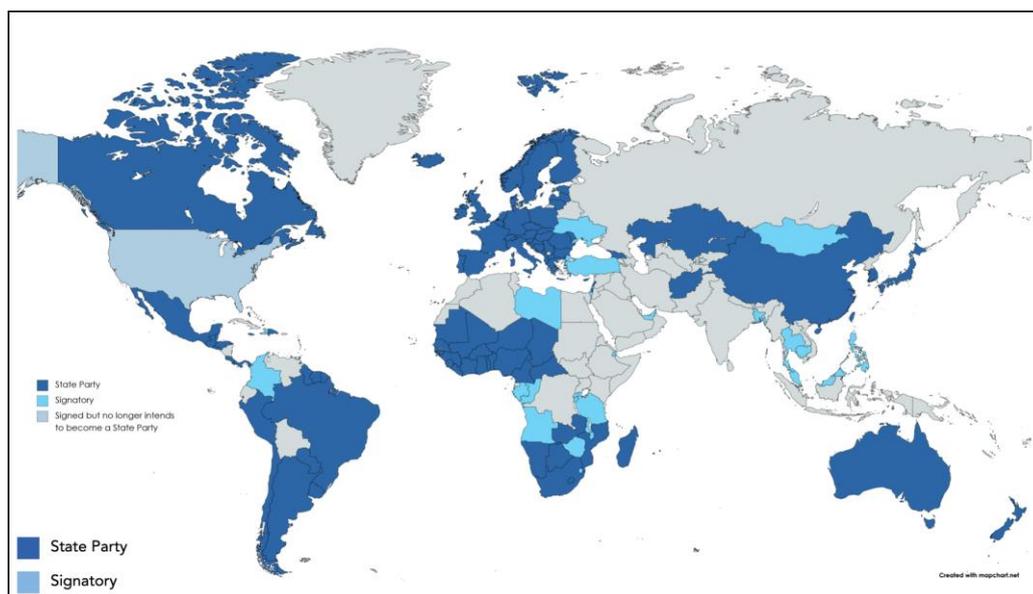


Figura 1: Mapa dos Estados Signatários do *Arms Trade Treaty*<sup>1</sup>

Adicionalmente, destaca-se que o tratado se espelha também na ideia de que as mudanças da natureza dos conflitos armados no mundo colocaram um ônus desproporcional na população civil, de modo que seria impossível dissociar a relação que se estrutura entre o comércio de armas e a afetação de direitos humanos<sup>2</sup>. Assim como a *Common Position* e o Código de Conduta da UE, os objetivos primordiais do tratado é promover a transparência e regulamentação desse comércio a fim de mitigar a venda ilícita de armamentos, as transferências para países onde os equipamentos podem ser usados para promover violações de direitos humanos e conciliar os interesses estatais de segurança humana, desenvolvimento industrial e econômico, presença política e do respeito a direitos humanos<sup>3</sup>. Inclusive, a promoção da segurança humana a partir do respeito a direitos individuais foi um dos motores históricos do

<sup>1</sup> "Status of ATT Participation". Site oficial do Arms Trade Treaty. Disponível em <https://thearmstradetreaty.org>. Acesso em 25 de dezembro de 2021.

<sup>2</sup> KYTOMAKI, Elli. "The Arms Trade Treaty and Human Security Cross-cutting Benefits of Accession and Implementation". Chatham House. International Security Department. Fevereiro de 2015. Disponível em [https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field\\_document/20150220ATTKytomaki.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20150220ATTKytomaki.pdf). Acesso em 27 de dezembro de 2021. p. 4, 6 e 7.

<sup>3</sup> KYTOMAKI, Elli. "The Arms Trade Treaty and Human Security Cross-cutting Benefits of Accession and Implementation". Chatham House. International Security Department. Fevereiro de 2015. Disponível em [https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field\\_document/20150220ATTKytomaki.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20150220ATTKytomaki.pdf). Acesso em 07 de agosto de 2021. pp.8-9. Aqui, destaca-se igualmente a ênfase dada ao conceito de "human security", que, apesar de não ser uniformemente aceito pelos Estados, coloca claramente a figura do ser humano em foco. "The human security concept emphasizes the human as the primary referent of security policy, disrupting the traditional priority given to the interests of the state. Adoption of the concept is therefore considered by supporters to represent a radical and transformative move". BROWLEY, Mark; COOPER, Neil; HOLTOM, Paul. "The UN Arms Trade Treaty: arms export controls, the human security agenda and the lessons of history". International Affairs. Vol 88. N. 5. Blackwell Publishing Ltd. 2012. p. 1036.

instrumento convencional e foi cristalizada na intenção do tratado de atacar diretamente a violência armada enquanto fenômeno social, sobretudo aquela promovida por armas pequenas<sup>1</sup>.

Aqui, é importante ressaltar que se considera violência armada aquela perpetrada o uso ou ameaça intencional de uso de força e poder contra si, outra pessoa ou um grupo e comunidade que resulta ou tem grande probabilidade de resultar em ferimento, morte, dano psicológico, mal desenvolvimento ou privação<sup>2</sup>.

O regime construído pelo *ATT* também é formulado em etapas a partir da realização de análises sob responsabilidade do país exportador. Nesse sentido, o art. 7.1, a e b dispõe acerca da obrigação mandatória dos Estados exportadores conduzirem avaliações, com fundamento em seu ordenamento jurídico, com o objetivo de atestar se as armas enviadas podem ser usadas para mitigar a paz e segurança internacionais, bem como serem usadas para cometer ou facilitar violações graves de Direito Internacional Humanitário ou de direitos humanos<sup>3</sup>. Diferentemente do regime da UE, uma vez realizada a avaliação e identificados riscos supracitados, os Estados podem estabelecer medidas para mitigá-los, estruturando iniciativas de construção de confiança entre o Estado exportador e importador ou programas de desenvolvimento conjunto<sup>4</sup>. Ainda, o Estado exportador deve verificar o risco de as armas transferidas serem desviadas ilicitamente para terceiros, estabelecendo para medidas específicas para mitigar esse fator caso identificado<sup>5</sup>. Desse modo, a expectativa dos Estados exportadores de não autorizar a transferência de armas somente ocorre a partir do momento em que, mesmo com eventuais medidas supramencionadas, ainda permaneça um risco desproporcional de violação às disposições a e b do art. 7.1<sup>6</sup>.

Ademais, o art. 6 coloca também obrigações adicionais de não autorização do envio de armas em contrariedade com obrigações estipuladas pelo Conselho de Segurança na condução

---

<sup>1</sup> KYTOMAKI, Elli. *"The Arms Trade Treaty and Human Security Cross-cutting Benefits of Accession and Implementation"*. Chatham House. International Security Department. Fevereiro de 2015. Disponível em [https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field\\_document/20150220ATTKytomaki.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20150220ATTKytomaki.pdf). Acesso em 27 de dezembro de 2021. p. 10.

<sup>2</sup> World Health Organization (WHO). *"World report on violence and health"*. Genebra. 2002. Disponível em [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615\\_eng.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf?sequence=1). Acesso em 6 de janeiro de 2022. p. 5

<sup>3</sup> Organização das Nações Unidas (ONU). *"The Arms Trade Treaty"*. Adotado em 2 de abril de 2013, entrada em vigor em 24 de dezembro de 2014. Art. 7.1 a e b. Disponível em [https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT\\_English/ATT\\_English.pdf?templated=137253](https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT_English/ATT_English.pdf?templated=137253). Acesso em 07 de janeiro de 2022.

<sup>4</sup> Organização das Nações Unidas (ONU). *"The Arms Trade Treaty"*. Adotado em 2 de abril de 2013, entrada em vigor em 24 de dezembro de 2014. Art. 7.2. Disponível em [https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT\\_English/ATT\\_English.pdf?templated=137253](https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT_English/ATT_English.pdf?templated=137253). Acesso em 07 de janeiro de 2022.

<sup>5</sup> Organização das Nações Unidas (ONU). *"The Arms Trade Treaty"*. Adotado em 2 de abril de 2013, entrada em vigor em 24 de dezembro de 2014. Art. 11.2. Disponível em [https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT\\_English/ATT\\_English.pdf?templated=137253](https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT_English/ATT_English.pdf?templated=137253). Acesso em 07 de janeiro de 2022.

<sup>6</sup> Organização das Nações Unidas (ONU). *"The Arms Trade Treaty"*. Adotado em 2 de abril de 2013, entrada em vigor em 24 de dezembro de 2014. Art. 7.3. Disponível em [https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT\\_English/ATT\\_English.pdf?templated=137253](https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT_English/ATT_English.pdf?templated=137253). Acesso em 07 de janeiro de 2022.

de suas funções do Cap. VII da Carta da ONU, contra obrigações da Convenção de Genebra de 1949 ou se os itens enviados seriam usados para cometer genocídio, crimes de guerra ou ataques contra a população e objetos civis. Inclusive, há vedação expressa de caráter geral estabelecendo que os Estados-parte não devem autorizar o envio de armamentos se a transferência violar compromissos internacionais relevantes assumidos, sobretudo em relação a combate de tráfico ilícito de armas<sup>1</sup>. No mais, o modelo de regulamentação do *ATT* estrutura um mecanismo anual de submissão de relatórios relativos à transferência de armas por parte dos Estados parte a serem submetidos para o secretariado, além de um relatório inicial para a adoção do tratado e relatórios acerca de desvios ilícitos de armas, quando apropriados<sup>2</sup>.

Outrossim, eventuais limitações a armamentos em geral podem ocorrer por intermédio de múltiplas vias. Nessa perspectiva, um tratado internacional seria capaz de desenhar de forma mais clara as definições, atribuição de responsabilidades, direitos e deveres, bem como de tratar de forma específica diversos pontos do tema que ainda permanecem nebulosos. Além disso, sendo um instrumento internacional, possivelmente teria força vinculante em relação aos Estados signatários, podendo prever, inclusive, mecanismos eficientes de reparação para vítimas, tribunais especiais para julgamento de casos envolvendo armas autônomas etc. Inclusive, alguns autores sugerem a adoção de protocolos adicionais dentro do contexto do Tratado para Proibição de Certas Armas Convencionais, tal como já ocorreu no caso da Campanha Internacional para Banir Minas Terrestres<sup>3</sup>. Isso posto, as possibilidades dentro desse quadro são, em teoria, somente limitadas pela vontade dos próprios Estados.

Todavia, esse elemento pode ser o principal obstáculo para uma governança com característica de *hard law*: a vontade estatal. Nessa medida, a formação de tratados dentro do Direito Internacional está sempre limitada pela soberania estatal, princípio maior deste ramo do Direito, de modo que sua submissão a um conjunto de normas convencionais é sempre atrelada à vontade política dos Estados. Nesse contexto, é fácil ver a relutância que os entes estatais podem deter para restringir a sua capacidade de desenvolvimento militar estratégico dentro de um campo em franca ascensão. Ademais, nota-se que essa reação contrária seria especialmente contundente no caso da opção por um modelo de banimento, em virtude da severidade das

---

<sup>1</sup> Organização das Nações Unidas (ONU). *"The Arms Trade Treaty"*. Adotado em 2 de abril de 2013, entrada em vigor em 24 de dezembro de 2014. Art. 6. Disponível em [https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT\\_English/ATT\\_English.pdf?templated=137253](https://thearmstradetreaty.org/hyper-images/file/ATT_English/ATT_English.pdf?templated=137253). Acesso em 07 de janeiro de 2022.

<sup>2</sup> *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Module 3 Reporting Requirements. ATT Implementation Toolkit*. Disponível em [https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/06/2015-12-22-module-3-Reporting\\_Rev1\\_.pdf](https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/06/2015-12-22-module-3-Reporting_Rev1_.pdf). Acesso em 07 de dezembro de 2021. p. 2, 5 e 6.

<sup>3</sup> Essa campanha foi uma coalizão de organizações não-governamentais que levou, em última análise, à adoção do Tratado para Banimento de Minas em 1997.

respectivas limitações.

Ademais, é importante ressaltar que o interesse dos Estados, numa visão pragmática, pode já estar voltado em demasia rumo às armas autônomas. Nessa perspectiva, nota-se que muitas vezes faltam ao Direito Internacional mecanismos de efetivar seus preceitos e regramentos, visto que está limitado de certa forma pela soberania estatal. Nessa medida, caso os Estados simplesmente optem pela adoção da autonomia em armamentos em larga escala, há, infelizmente, pouco o que a doutrina e tribunais internacionais possam fazer para constrangê-los forçosamente a mudar de postura. Dessa maneira, é difícil ver como, dadas as circunstâncias atuais, os Estados estariam politicamente inclinados a promover um banimento geral, total e irrestrito às armas autônomas.

Como exemplo, temos a questão das armas nucleares, que, a despeito de possuírem efeitos eminentemente horríveis a combatentes e civis no impacto e posteriores consequências desastrosas relativas à radiação, não há norma internacional específica com força vinculante que proíba seu uso<sup>1</sup>. Nesse sentido, é fato dentro do contexto atual das relações internacionais que tais armas são usadas como uma arma política, como símbolo de extremo poder que demanda reconhecimento por outras potências<sup>2</sup>.

Apesar de iniciativas como o TNP (Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares), observa-se que efetivas medidas rumo ao desarmamento geral são escassas, dada a importância estratégica, na visão dos Estados, de se possuir tal armamento. Ainda, a importância geopolítica desses armamentos ilustra até mesmo a distribuição de forças na esfera global resultante da Segunda Guerra Mundial, que, inclusive, pauta a dinâmica das relações internacionais até hoje<sup>3</sup>.

Isso posto, nota-se que Estados podem estar mais propensos a estabelecer mecanismos de regulamentação diversos do puro banimento no campo de armas autônomas e de mais

---

<sup>1</sup> Mesmo não possuindo acordo nesse sentido, muitos Estados assumiram compromissos internos com a não utilização de armas nucleares, objetivando sua não proliferação. Entretanto, é mister notar que muitos desses mesmo Estados, ao mesmo tempo que reconhecem essa necessidade, não abdicam do seu arsenal nuclear como um todo. Ver PEREIRA, Antônio. "Guerra Nuclear e Proteção Internacional dos Direitos Humanos". Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/950/887>. Acesso em 09 de janeiro de 2022.

<sup>2</sup> Essa é a estratégia, por exemplo, de países como a Coreia do Norte, que historicamente protagoniza episódios de demonstrações de testes nucleares como forma de exibir força perante a comunidade internacional e, com isso, adquirir um assento à mesa para tratar de questões tais como a unificação das Coreias. Sua importância é tal que em diversos desfiles militares ao redor do mundo, Estados fazem questão de apresentar suas ogivas em uma posição de destaque.

<sup>3</sup> Em uma matéria feita pela BBC News Brasil, utilizando dados do SIPRI, levanta-se que, em 2018, a Rússia oficialmente possuía cerca de 6850 armas nucleares, seguida pelos Estados Unidos, com 6450, França, com 300, China, com 280, Reino Unido, com 215, Paquistão, com 150, Índia, com 140, Israel, com 80 e Coreia do Norte, com 20. ACTON, James. Guerra Nuclear: As novas armas que aumentam as chances de um conflito global. BBC News Brasil. 17 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47200806>. Acesso em 29 de dezembro de 2021.

aplicações de Inteligência Artificial em conflitos armados, em virtude das percebidas vantagens de seu uso e seu impacto estratégico na relação com outros Estados.

Frente a isso, parte da doutrina propõe a opção por um modelo baseado notadamente em *soft law*. Nessa perspectiva, argumentam que, não obstante a ausência de força vinculante perante os Estados, a regulação da matéria dentro de parâmetros de *soft law* ofereceria uma flexibilidade maior com a qual os entes estatais estariam mais confortáveis. Adicionalmente, tais diretrizes de comportamento ético, responsável e legal perante o DIH podem ser estruturadas por diversos atores independentes do cenário internacional, tais como agências governamentais, indústrias, organizações internacionais, organizações não-governamentais. Com efeito, afirmam que se criaria uma efetiva teia protetiva que poderia, inclusive, se beneficiar de trocas de informações dentre esses setores na formulação de parâmetros novos e mais atualizados. Desse modo, diante da possibilidade de criação de mecanismos alternativos de regulamentação por intermédio de estruturas de governança, nota-se que o objetivo do presente trabalho é verificar se a Convenção de Certas Armas Convencionais das Nações Unidas fornece um arcabouço organizacional compatível para tal.

### 3. HISTÓRICO DA CONVENÇÃO SOBRE CERTAS ARMAS CONVENCIONAIS (CAC)

O tema do desarmamento e controle de armamentos começou a ser um tema veiculado no âmbito das Nações Unidas em 1952, com a criação da Comissão das Nações Unidas para Desarmamento, órgão com um mandato geral para tratar de questões de desarmamento. Nessa perspectiva, entre 23 de maio e 30 de junho de 1978 foram realizadas as primeiras sessões especiais no âmbito da Assembleia Geral focadas especificamente no tema de desarmamento<sup>1</sup>. Com efeito, em que pese uma atenção especial para armas nucleares, ali foram estabelecidas importantes bases teóricas gerais para a condução dos debates de uma forma ampla dentro das Nações Unidas, inclusive para o processo de desenvolvimento de armamentos:

13. Enduring international peace and security cannot be built on the accumulation of weaponry by military alliances nor be sustained by a precarious balance of deterrence or doctrines of strategic superiority. Genuine and lasting peace can only be created through the effective implementation of the security system provided for in the Charter of the United Nations and the speedy and substantial reduction of arms and armed forces, by international agreement and mutual example,

---

<sup>1</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas. First Special Session of the General Assembly devoted to Disarmament (SSOD-I: 1978). A/S-10/4. 23 de Maio a 30 de Junho de 1978. Nova York. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2017/05/A-S10-4.pdf>. Acesso em 12 de Janeiro de 2022.

leading ultimately to general and complete disarmament under effective international control. At the same time, the causes of the arms race and threats to peace must be reduced and to this end effective action should be taken to eliminate tensions and settle disputes by peaceful means.

14. Since the process of disarmament affects the vital security interests of all States, they must all be actively concerned with and contribute to the measures of disarmament and arms limitation, which have an essential part to play in maintaining and strengthening international security. Therefore the role and responsibility of the United Nations in the sphere of disarmament, in accordance with its Charter, must be strengthened.

15. It is essential that not only Governments but also the peoples of the world recognize and understand the dangers in the present situation. In order that an international conscience may develop and that world public opinion may exercise a positive influence, the United Nations should increase the dissemination of information on the armaments race and disarmament with the full cooperation of Member States. (...)

22. Together with negotiations on nuclear disarmament measures, negotiations should be carried out on the balanced reduction of armed forces and of conventional armaments, based on the principle of undiminished security of the parties with a view to promoting or enhancing stability at a lower military level, taking into account the need of all States to protect their security. These negotiations should be conducted with particular emphasis on armed forces and conventional weapons of nuclear-weapon States and other militarily significant countries. There should also be negotiations on the limitation of international transfer of conventional weapons, based in particular on the same principle, and taking into account the inalienable right to self-determination and independence of peoples under colonial or foreign domination and the obligations of States to respect that right, in accordance with the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States,<sup>5</sup> as well as the need of recipient States to protect their security.

23. Further international action should be taken to prohibit or restrict for humanitarian reasons the use of specific conventional weapons, including those which may be excessively injurious, cause unnecessary suffering or have indiscriminate effects. (...)

93. In order to facilitate the process of disarmament, it is necessary to take measures and pursue policies to strengthen international peace and security and to build confidence among States. Commitment to confidence-building measures could significantly contribute to preparing for further progress in disarmament. For this purpose, measures such as the following, and other measures yet to be agreed upon, should be undertaken: (a) The prevention of attacks which take place by accident, miscalculation or communications failure by taking steps to improve communications between Governments, particularly in areas of tension, by the establishment of "hot lines" and other methods of reducing the risk of conflict; (b) States should assess the possible implications of their military research and development for existing agreements as well as for further efforts in the field of disarmament; (c) The Secretary-General shall periodically submit reports to the General Assembly on the economic and social consequences of the armaments race and its extremely harmful effects on world peace and security.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas. First Special Session of the General Assembly devoted to Disarmament (SSOD-I: 1978). A/S-10/4. 23 de Maio a 30 de Junho de 1978. Nova York. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2017/05/A-S10-4.pdf>. Acesso em 12 de Janeiro de 2022. párs 13-15; 22-23; 93.

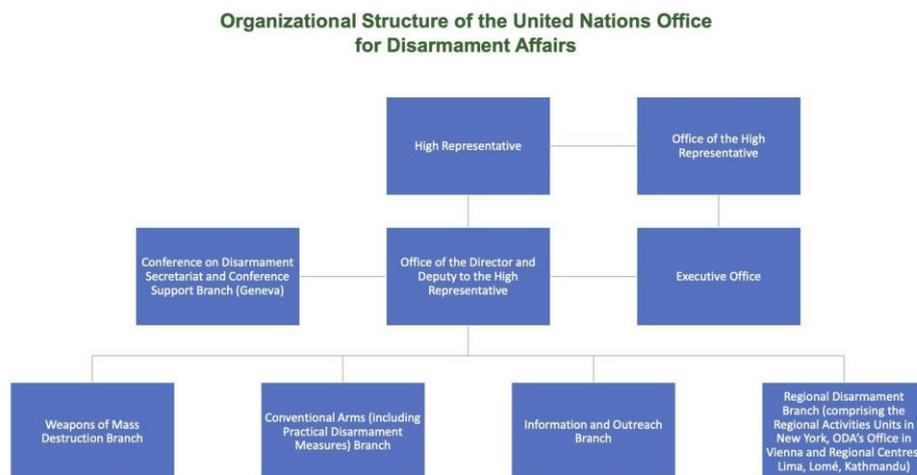


Figura 2: Estrutura Organizacional do Escritório das Nações Unidas para Assuntos de Desarmamento<sup>1</sup>

Ademais, destaca-se que outras duas sessões especiais foram realizadas posteriormente, nos anos de 1982 e 1988<sup>2</sup>. Apesar de não ter produzido documento final nas duas ocasiões, na segunda sessão especial focada no desarmamento, em 1982, a Assembleia Geral estabeleceu uma recomendação para o estabelecimento de um Departamento para Assuntos de Desarmamentos<sup>3</sup>. Com efeito, o Escritório das Nações Unidas para Assuntos de Desarmamento (*UNODA-United Nations Office for Disarmament Affairs*) tal como se estrutura atualmente foi concebido em janeiro de 1998 como resultado de reformas e iniciativas de avançar a agenda do desarmamento constante da Resolução A/51/950 da Assembleia Geral<sup>4</sup>. Nesse diapasão, a atuação do Escritório para Assuntos de Desarmamento é no apoio *latu sensu* a qualquer sorte de iniciativa multilateral para atingir desarmamento e estabelecer estrito controle internacional sobre armamentos de alto potencial lesivo em relação à humanidade, tal qual armas nucleares, bem

<sup>1</sup> *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). UNODA Structure*. Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/structure/>. Acesso em 12 de janeiro de 2022. Ver também *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Organigram*. Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/assets/HomePage/ODAPublications/Yearbook/2007/PDF/org-chart.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

<sup>2</sup> Nações Unidas. *Special Sessions of the General Assembly Devoted to Disarmament*. United Nations Office for Disarmament Affairs. Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/topics/ssod/ssod4-documents/>. Acesso em 12 de Janeiro de 2022.

<sup>3</sup> United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). *About Us*. Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/about/>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

<sup>4</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas. *Resolução A/51/950*. 14 de Julho de 1997. Disponível em <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/SGE%20A-1997-51-950.PDF>. Acesso em 12 de janeiro de 2022. Ver também *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). About Us*. Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/about/>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

como se engajam na mitigação de impactos de outras armas convencionais e tecnologias de combate emergentes. Ainda, o Escritório promove apoio organizacional para o trabalho da Assembleia Geral na matéria, trabalha na divulgação de informações atualizadas de acordos multilaterais em desarmamento e controle de armas e se engaja no desenvolvimento de estratégias e medidas práticas para desarmamento e desmobilização de combatentes após um conflito armado<sup>1</sup>.

Paralela à preocupação no que tange armas nucleares, uma noção residual foi construída para regulamentar outros tipos de armamentos, apesar de não significar perigos existenciais. Nessa perspectiva, a partir de uma herança do século XIX, a ideia de que um grupo de armas convencionais, em virtude de seu desenho ou de seu uso, podem levantar perigos que ainda consubstanciam preocupações humanitárias, estratégicas e de preservação dos danos de conflitos armados<sup>2</sup>. Com efeito, nessa linha, foi adotada em 1980 a Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais, que Podem ser Consideradas como Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados, conhecida como Convenção sobre Certas Armas Convencionais (CAC)<sup>3</sup>. Inclusive, dentre os ramos estruturais do Escritório para Assuntos de Desarmamento, está o ramo de Armas Convencionais (*Conventional Arms Branch - CAB*), que está encarregado das atividades de competência acerca dessa sorte de armamentos. Desse modo, ressalta-se que a Convenção estabelece um arcabouço geral, com provisões amplas que eram completadas por protocolos que consubstanciam restrições e proibições específicas a determinados tipos de armamentos<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). About Us. Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/about/>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

<sup>2</sup> Alguns exemplos de armas que causam danos desnecessários ou são consideradas indiscriminadas são minas anti-pessoais, munições cluster, que foram objetos de convenções específicas. Ver *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Legal Instruments*. Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/legal-instruments/>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

<sup>3</sup> Ainda, a CAC foi internalizada pelo Decreto 2739 de 1998. Ver Presidência da República. Decreto n. 2739. Subchefia para Assuntos Jurídicos. 20 de Agosto de 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2739.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2739.htm). Acesso em 12 de Janeiro de 2022.

<sup>4</sup> Há que se ressaltar que há cerca de cinco protocolos assinados no âmbito da CAC. O Protocolo I trata de fragmentos não detectáveis. O Protocolo II traz provisões sobre proibições e restrições no uso de minas, armadilhas e outros equipamentos. O Protocolo III acarreta, por sua vez, vedações ao uso de armas incendiárias. Ainda, o Protocolo IV traz a proibição do uso de lasers cegantes. Por fim, o Protocolo V estabelece restrições ao uso de explosivos remanescentes. Ver *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). The Convention on Certain Conventional Weapons*. Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

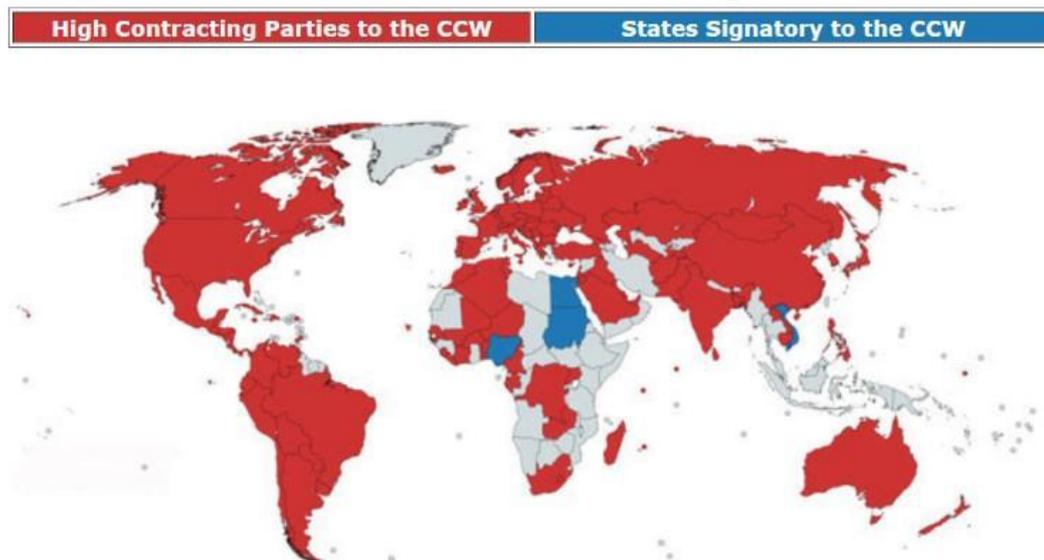


Figura 3: Estados signatários e partes da CAC<sup>1</sup>

#### 4. MECANISMOS DE MONITORAMENTO: O GRUPO DE PERITOS GOVERNAMENTAIS

Um mecanismo de monitoramento do cumprimento das disposições da CAC foi estabelecido em 2006. Nesse diapasão, esse mecanismo de compliance é baseado em cooperação e consultas recíprocas, partilha de informações, bem como implementando reuniões entre as Altas Partes Contratantes, conferências de análises das operações da Convenção, debates acerca de assuntos provenientes dessas informações, considerações de cooperação internacional, assistência etc.<sup>2</sup>. Ainda, relatórios anuais de compliance são compilados em uma base de dados online e, via de regra, são de acesso público<sup>3</sup>.

É importante ressaltar que há dois tipos de reuniões implementadas no campo da CAC: Reuniões de Altas Partes Contratantes e Conferências de Análise. Em que pese a primeira ser realizada anualmente e a segunda a cada cinco anos, suas atribuições são muito similares, qual

<sup>1</sup> *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). The Convention on Certain Conventional Weapons.* Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

<sup>2</sup> *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Decision on a Compliance Mechanism Applicable to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects.* 17 de novembro de 2006. Disponível em <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/12/Compliance.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2022.

<sup>3</sup> Há de se ressaltar que em 2020 cerca de 50 relatórios anuais foram submetidos no âmbito do mecanismo de compliance da CAC. Paralelamente, na página eletrônica é possível observar a relação por país e ano de relatórios submetidos. *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). The Convention on Certain Conventional Weapons Compliance Annual Reports Database.* Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons/compliance/ccw-compliance-database/>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

seja a análise do estado e das operações da Convenção e de seus protocolos. Ademais, os Estados podem acordar no estabelecimento formal de um Grupo de Peritos Governamentais, um grupo de peritos militares e técnicos que se reúnem sob a autoridade de um mandato para promover debates e estudos acerca de um tema ou arma, podendo potencialmente acarretar a adoção de um novo Protocolo<sup>1</sup>.

Notadamente, foi no âmbito de um Grupo de Peritos Governamentais que o debate acerca de armas autônomas e a aplicação de Inteligência Artificial em conflitos armados foi trazido de uma maneira formal ao âmbito da CAC. Nesse sentido, em 2016, a Quinta Conferência decidiu pela criação de um Grupo de Peritos Governamentais permanentes para tratar do tema, após cerca de 3 anos de reuniões informais terem ocorrido<sup>2</sup>. Dessa forma, já em 2017 foi realizada a primeira reunião desse Grupo de Peritos Governamentais. Nesse diapasão, a estrutura organizacional do Grupo de Peritos foi estabelecida de acordo com as Regras de Procedimento da Quinta Conferência, de modo que membros de órgãos, agências das Nações Unidas, outras organizações intergovernamentais, Comitê Internacional da Cruz Vermelha podem participar na qualidade de observadores<sup>3</sup>. No mais, membros de outras organizações não governamentais podem tão somente participar de reuniões públicas e fornecer manifestações escritas, com eventuais manifestações orais restritas a convite do presidente do plenário<sup>4</sup>. Aqui, há de se ressaltar que em que pese as reuniões plenárias da Conferência dos principais comitês devam ser realizadas em público, a Regra 45 estabelece que a regra geral para as reuniões dos comitês e grupos de trabalhos é que estas sejam privadas, não sendo, pois, acessíveis de participação de tais agentes não-estatais<sup>5</sup>. Nesse contexto, na reunião de 2017, para além da participação de

---

<sup>1</sup> *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Meetings of the High Contracting Parties.* Página eletrônica do Escritório para Assuntos de Desarmamento. Disponível em <https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

<sup>2</sup> *United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Final Document of the Fifth Review Conference.* CCW/CONF.V/10. 23 de Dezembro de 2016. Disponível em [https://docs-library.unoda.org/Convention\\_on\\_Certain\\_Conventional\\_Weapons\\_-\\_Fifth\\_Review\\_Conference\\_\(2016\)/FinalDocument\\_FifthCCWRevCon.pdf](https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Fifth_Review_Conference_(2016)/FinalDocument_FifthCCWRevCon.pdf). Acesso em 13 de Janeiro de 2022. p. 9.

<sup>3</sup> *Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Draft Rules of Procedure of the Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects.* CCW/CONF.V/4. 28 de Setembro de 2016. Regras 46-48.

<sup>4</sup> *Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Draft Rules of Procedure of the Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects.* CCW/CONF.V/4. 28 de Setembro de 2016. Regra 49.

<sup>5</sup> *Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate*

representantes de uma pletera de Estados parte, a reunião também consubstanciou a participação de membros de sociedades não governamentais e de outras entidades acadêmicas dentro dos termos das regras de procedimento<sup>1</sup>.

Em 2017, no que tange o grau de participação de atores externos a Estados, nota-se que diversas organizações participaram das primeiras trocas de perspectivas no Grupo de Peritos Governamentais<sup>2</sup>. Notadamente, o Comitê Internacional da Cruz, a *Human Rights Watch*, *Campaign to Stop Killer Robots*, *International Committee for Robot Arms Control*, *Mines Action Canada*, *Nobel Women's Initiative*, *PAX* e *CNAS (The Center for a New American Security)* foram algumas das organizações da sociedade civil que se pronunciaram nesse primeiro encontro<sup>3</sup>.

Paralelamente, o Grupo de Peritos Governamentais ouviu uma série de apresentações de membros da academia, forças armadas, organizações não governamentais etc. Leia-se:

"13. The Group heard presentations from the following experts:  
(a) Panel 1 – Technology dimension: Professor Margaret Boden, University of Sussex; Professor Gary Marcus, New York University; Mr. Gautam Shroff, Tata Consultancy Services, India; Mr. Harmony Mothibe, BotsZA, South Africa; Professor Stuart Russell, University of California, Berkley; and Mr. Sean Legassick, Google DeepMind.

---

*Effects. Draft Rules of Procedure of the Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. CCW/CONF.V/4. 28 de Setembro de 2016. Regra 45.*

<sup>1</sup> As seguintes organizações não governamentais participaram dos trabalhos do Grupo: Campaign to Stop Killer Robots [Amnesty International, Article 36, Association for Aid and Relief, Japan, Facing Finance, Human Rights Watch, International Committee for Robot Arms Control (ICRAC), Mines Action Canada, Nobel Women's Initiative, Norwegian Peace Foundation, PAX, Pax Christi Ireland, Pax Christi Vlaanderen, Project Ploughshares (Canada), Pugwash Conferences on Science and World Affairs, Seguridad Humana en Latino América y el Caribe (SEHLAC), Women's International League for Peace and Freedom], Centre for a New American Security (CNAS), DiploFoundation, ICT for Peace Foundation, IR. Asia, Observer Research Foundation and the World Council of Churches. Paralelamente, representantes das seguintes entidades também participaram dos debates: Campaign to Stop Killer Robots [Amnesty International, Article 36, Association for Aid and Relief, Japan, Facing Finance, Human Rights Watch, International Committee for Robot Arms Control (ICRAC), Mines Action Canada, Nobel Women's Initiative, Norwegian Peace Foundation, PAX, Pax Christi Ireland, Pax Christi Vlaanderen, Project Ploughshares (Canada), Pugwash Conferences on Science and World Affairs, Seguridad Humana en Latino América y el Caribe (SEHLAC), Women's International League for Peace and Freedom], Centre for a New American Security (CNAS), DiploFoundation, ICT for Peace Foundation, IR. Asia, Observer Research Foundation and the World Council of Churches. Ver *Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Report of the 2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapon Systems. CCW/GGE.1/2017/3. 22 de Dezembro de 2017. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/GGE.1/2017/3>. Acesso em 13 de Janeiro de 2022. párs 7-8.*

<sup>2</sup> *Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Report of the 2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS). CCW/GGE.1/2017/3. 22 de Dezembro de 2017. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/GGE.1/2017/3>. Acesso em 25 de Janeiro de 2022.*

<sup>3</sup> *Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Report of the 2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS). CCW/GGE.1/2017/3. 22 de Dezembro de 2017. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/GGE.1/2017/3>. Acesso em 25 de Janeiro de 2022. pár 11.*

(b) Panel 2 – Military effects dimension: Brigadier (Armament corps) Patrick Bezombes, France; Professor Heigo Sato, Takushoku University, Tokyo; Lieutenant Colonel Alan Brown, Ministry of Defence, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; Dr. David Shim, KAIST Institute for Robotics, Republic of Korea; Lieutenant Colonel Christopher Korpela, Military Academy - West Point, United States of America; and Dr. Lydia Kostopoulos, National Defense University, Washington D.C.

(c) Panel 3 – Legal/ethical dimensions: Ms. Kathleen Lawand, ICRC; Ms. Marie-Helen Parizeau, World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), UNESCO; Professor Xavier Oberson, University of Geneva; Professor Bakhtiyar Tuzmukhamedov, Diplomatic Academy, Russian Federation; Mr. Lucas Bento, Attorney, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, and President of the Brazilian American Lawyers Association; and Professor Dominique Lambert, l'Université de Namur.

(d) Panel 4 – Cross-cutting issues: Dr. Ing. Konstantinos Karachalios, Managing Director, IEEE Standards Association; Dr. Reinhard Scholl, International Telecommunications Union; Mr. Neil Sahota, IBM Watson and University of California; Ms. Kerstin Vignard, UNIDIR; Dr. Vincent Boulanin, SIPRI; and Dr. Marcel Dickow, Stiftung Wissenschaft und Politik."<sup>1</sup>

Ao final desse primeiro conjunto de encontros e das diversas participações de atores externos, o Grupo de Peritos chegou a um conjunto interessante de conclusões. Em primeiro lugar, o Grupo afirmou que o quadro normativo e de estrutura providos pela CAC eram fóruns apropriados para lidar com as questões de sistemas de armas autônomos, em razão do caráter modular e evolucionário estabelecido pelo arcabouço da Convenção, notadamente no que tange a procura por um equilíbrio entre considerações humanitárias, de necessidade militar e a oportunidade de engajar múltiplos atores<sup>2</sup>. Ainda, dado o acelerado ritmo do desenvolvimento tecnológico desse ramo e as incertezas atreladas a ele, o Grupo reconhece a necessidade de se manter constantemente atualizado com relação a novas aplicações militares das tecnologias sob seu escopo de análise<sup>3</sup>. Ademais, o Grupo também entende a necessidade de se continuar o debate acerca das interações homem-máquina no desenvolvimento, envio e uso de tecnologias emergentes dentro dos objetivos e propósitos da CAC<sup>4</sup>. Finalmente, estabelecem a necessidade

---

<sup>1</sup> *Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Report of the 2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS)*. CCW/GGE.1/2017/3. 22 de Dezembro de 2017. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/GGE.1/2017/3>. Acesso em 25 de Janeiro de 2022. p. 13.

<sup>2</sup> *Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Report of the 2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS)*. CCW/GGE.1/2017/3. 22 de Dezembro de 2017. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/GGE.1/2017/3>. Acesso em 25 de Janeiro de 2022. p. 16 (a).

<sup>3</sup> *Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Report of the 2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS)*. CCW/GGE.1/2017/3. 22 de Dezembro de 2017. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/GGE.1/2017/3>. Acesso em 25 de Janeiro de 2022. p. 16 (e).

<sup>4</sup> *Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Report of the 2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons*

de continuar seus trabalhos de análise dos desafios humanitários e de segurança internacional acerca de novas tecnologias de uma forma participativa<sup>1</sup>. Desse modo, nota-se como a estrutura organizacional e os trabalhos iniciais permitem a abertura para o desenvolvimento de um arcabouço de governança tecnológica não somente de armas autônomas, mas capaz de discutir os impactos acerca das mais diversas aplicações de Inteligência Artificial, incluindo modalidades de regulamentação mais específicas.

É importante ressaltar que para que a estrutura da CAC seja capaz de construir um mecanismo eficaz de controlar os impactos negativos da emergência de novas tecnologias de Inteligência Artificial faz-se necessário ampliar os mecanismos de participação de atores não estatais. Nessa medida, sobretudo no setor de tecnologia em conflitos armados, não somente a participação de empresas privadas, organizações internacionais e não governamentais é expressiva e valiosa tanto numa perspectiva teórica quanto prática. Com efeito, o espaço conferido a esses atores dentro da estrutura da CAC deve ser proporcional à importância internacional a esse papel. Todavia, em que pese o fato de ser acordado à esses atores uma certa atuação no âmbito da CAC, notadamente no Grupo de Peritos, nota-se que o envio de artigos e formulação de apresentações são apenas algumas das formas de interação necessárias para uma rede de governança tecnológica. Nesse contexto, é necessário agilizar a comunicação entre as empresas privadas responsáveis por inovações tecnológicas ao mesmo tempo que as perspectivas sugeridas por especialistas em questões humanitárias e de segurança acordadas pelos Estados sejam incorporadas ativamente no processo de desenvolvimento. Não somente, seria interessante que esses aspectos fossem incorporados ao próprio corpo de normas da Convenção, uma vez que a estrutura organizacional do Grupo é estabelecida de acordo com as *Rules of Procedure*, que podem ser modificadas a cada ciclo de Conferência dos Estados Parte. Com efeito, a introdução de um modelo organizacional de estrutura de governança ampla do Grupo de Peritos no corpo da CAC iria cristalizar um mecanismo geral capaz de promover um fórum de debate para múltiplos atores que seria de especial valia para a temática de novas tecnologias em conflitos armados, sobretudo se tratando de Inteligência Artificial.

---

*Systems (LAWS)*. CCW/GGE.1/2017/3. 22 de Dezembro de 2017. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/GGE.1/2017/3>. Acesso em 25 de Janeiro de 2022. p. 16 (f); (g).

<sup>1</sup> *Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Report of the 2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS)*. CCW/GGE.1/2017/3. 22 de Dezembro de 2017. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/GGE.1/2017/3>. Acesso em 25 de Janeiro de 2022. p. 16 (h).

## CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho analisamos aspectos relevantes das limitações e mecanismos de controle impostos a determinados armamentos e tecnologias de combate. Nesse sentido, nota-se que a vontade dos Estados no acordo de instrumentos normativos de *hard law* pode ser um fator determinante no sucesso da iniciativa de controle, em que pese a importância da atuação de eventuais outros atores. Paralelamente, ressaltamos que a construção de uma estrutura de governança pressupõe a outorga de espaço institucional por parte dos Estados para que outros atores não estatais possam exercer uma espécie de autoridade, sejam eles empresas privadas responsáveis pelo processo de inovação e comércio de armas, membros da academia especialistas ou membros da comunidade científica e militar. Todavia, também observamos a construção histórica do tema do desarmamento e controle de armas, notadamente a partir do arcabouço do Grupo de Peritos Governamentais da CAC, ressaltando que embora haja uma deferência à participação de outros atores marcados pela não-estatalidade, não há uma garantia institucional cristalizada no corpo da Convenção, ficando adstrita meramente a regras procedimentais. Aqui, destaca-se que não se procedeu à análise das demais reuniões do Grupo de Peritos Governamentais para verificar a amplitude da participação e do exercício de autoridade de entes não estatais sob risco de se alongar demasiadamente e fugir ao escopo de análise do presente artigo, que é verificar o grau de abertura institucional que a Convenção sobre Armas Convencionais oferece para a construção de um modelo de governança tecnológica. Desse modo, apesar de se fazerem necessárias reformas para estabelecer um sistema de governança mais eficiente e participativo, nota-se que de fato há um espaço em potencial de exercício de autoridade para outros atores além do Estado.

# ELEMENTOS ESSENCIAIS E ACIDENTAIS DA UNIÃO ESTÁVEL NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA BRASILEIRAS

---

Tereza Cristina Monteiro Mafra

Doutora em Direito pela UFMG. Diretora do Curso de Direito e do PPGD da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Advogada.

Marcela Maria Barbosa Dell'Amore

Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais, pela FDMC. Advogada.

---

**Resumo:** Trata o presente artigo da pesquisa, na doutrina e na jurisprudência, dos elementos necessários para a configuração jurídica da união estável, adotando-se como referencial teórico Pontes de Miranda e sua teoria dos planos do fato jurídico. A partir do exame de 936 acórdãos buscou-se verificar se há, por reiteração, nos acórdãos, a possibilidade de identificar elementos essenciais e elementos acidentais da união estável na jurisprudência e se eles coincidem ou não com os elementos apontados na doutrina brasileira. Foram examinadas cinco obras. Diante do enorme volume de acórdãos envolvendo a configuração jurídica da união estável, na metodologia empregada foram analisados os 27 Tribunais de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, nos últimos 05 (cinco) anos, mediante pesquisa com as seguintes palavras-chave: "união estável"; "convivência", "pública", "contínua", "duradoura" e "objetivo de constituir família".

**Palavras-chave:** União estável; Pública; Contínua; Duradoura e Objetivo de constituir família.

*Submetido em 24 de março de 2022. Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1. INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século XX, no Brasil, verificou-se o alargamento da noção jurídica de família, que antes era apenas fundada no casamento, hierarquizada e desigual. A família é hoje uma figura jurídica mais ampla, abrangendo formas não tradicionalmente reconhecidas de organização familiar. Ela tem outros contornos, fundando-se mais nos laços de afeição e sentimento que no mero formalismo.

De acordo com essa interpretação, a lei procura aproximar-se mais da realidade social das famílias, adotando novos conceitos e modelos. Como afirma MUNIZ,

As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexa família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que o casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família. (MUNIZ, 1993, p.77).

A Constituição passa a reconhecer, então, a multiplicidade de formas de famílias presentes na sociedade, ao afirmar que ela pode ou não ser fundada no casamento, pode ou não ser nuclear (como no caso das famílias monoparentais, por exemplo). Daqui se extrai a ideia de que a família deve ser tutelada pelo Estado, atuando no sentido de proteger as organizações familiares, agora, porém, partindo de uma noção ampliada de família.

As uniões estáveis, conquanto socialmente existentes em todos os tempos, são normatizadas sobretudo a partir da Constituição de 1988, que as contempla como base de família.

Contudo, a diversidade no tratamento jurídico do casamento e da união estável começa no aspecto da sua própria forma de constituição.

O casamento se caracteriza pela formalidade, solenidade e, mesmo, ingerência do Estado no seu âmbito, posto que estabelece até deveres e direitos recíprocos dos cônjuges, um em relação ao outro, em relação à prole e a terceiros. Resulta da liberdade dos nubentes, considerando a lei relevante, porém, que o consentimento obedeça a determinadas formalidades, para sua própria proteção, seja para evitar vícios na manifestação da vontade, seja para facilitar a prova do ato.

Ao contrário do casamento, sempre formal e solene, relativamente à sua constituição, sofrendo a incidência de todo um conjunto normativo, a instituir direitos e deveres para toda a

sua duração, prevendo e enumerando as possibilidades de sua dissolução, a união estável é formada exclusivamente pela vontade dos parceiros, sem qualquer solenidade. Não há previsão legal sobre sua formação. A vontade dos conviventes dá início ao relacionamento, que se demonstra mediante o comportamento dos mesmos. O momento de sua constituição não sofre incidência normativa, embora possa ser juridicamente relevante estabelecê-lo.

O Código Civil de 2002 dispõe, no art. 1.723 que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Daí se extraem, expressamente, como elementos configuradores da união estável: *convivência, pública, contínua, duradoura* e estabelecida com *objetivo de constituição de família*.

Adotando como marco teórico Pontes de Miranda, em sua teoria do fato jurídico, indaga-se: todos são elementos essenciais? Há outros, acidentais, a serem considerados? Há convergência ou divergência entre doutrina e jurisprudência brasileiras a respeito dos elementos da união estável?

Para responder a tais questões adotou-se, metodologicamente, a pesquisa bibliográfica, buscando analisar as posições da doutrina, em cinco obras, além do levantamento de 836 acórdãos dos 27 Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar quais seriam os elementos essenciais ou acidentais da união estável, bem como para constatar se há compatibilidade ou discordância entre as posições doutrinárias e a jurisprudência.

## 2. ELEMENTOS ESSENCIAIS E ACIDENTAIS DA UNIÃO ESTÁVEL NA DOUTRINA BRASILEIRA

De acordo com Pontes de Miranda, “quando a existência jurídica depende da existência fática e, a propósito dessa, o enunciado é negativo, não há pensar-se em questão posterior sobre a existência jurídica”. (MIRANDA, 1974, p.100)

Quando a interferência do Direito faz com que os fatos lhe deixem de ser indiferentes e ingressem nos seus domínios, recebendo *relevância jurídica*, fala-se do *plano da existência*, e, segundo João Baptista Villela,

Sintetizando: a juridicidade não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Logo é equivocado pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática. Não há fatos jurídicos *a priori*. É no dinamismo da sua apropriação axiológica que os fatos recebem ou não o atributo, eminentemente extrínseco, de serem jurídicos. (VILLELA, 1982, p.256)

Para Marcos Bernardes de Mello, (MELLO, 2003, p. 96), “ao sofrer a incidência da norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência”. Se ao fato jurídico faltar o suporte fático, é de inexistência que se trata.

Ao tratar do *pressuposto*, do *requisito* e da *condição* na Teoria Geral do Direito, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, (VILHENA, 1973, p.22) esclarece que “o *pressuposto* vem enunciado na regra jurídica e só se alcança o *conteúdo jurídico* se o fato, o acontecimento (o suporte) do mundo exterior preenche aquela linha ideativa nela traçada.” Em tal linha de pensamento, seria possível afirmar que os pressupostos estão ligados ao plano da existência, os requisitos ao plano da validade e as condições ao plano da eficácia.

Assim, os pressupostos da união estável são os elementos que permitem, na análise dos fatos, verificar se o comportamento das partes autoriza o reconhecimento da existência da entidade familiar.

É que o movimento inicial, que congrega duas pessoas, não necessariamente traz consigo o propósito de formar uma união estável. Ela será decorrência de uma somatória de elementos diversos, apuráveis no exame de cada relação, sobre os quais a incidência legal atribui efeitos específicos. (PESSOA, 1997, p. 38)

Não havendo um momento formador específico, previsto em lei, para colher a manifestação de vontade das pessoas, de constituírem união estável, verifica-se que tal entidade familiar é fruto dos fatos, das situações concretas que se apresentam ao mundo jurídico e que, em dadas circunstâncias, deverá lhe atribuir efeitos.

Nos termos já mencionados, o Código Civil, no art. 1.723 prevê que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

A diversidade de sexo deixou de ser objeto de controvérsias jurídicas desde que o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que se aplicam à união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras incidentes sobre a união estável heteroafetiva.<sup>1</sup>

Quanto aos demais elementos, deve ser feita análise específica, para constatar se reúnem a qualidade de necessários para demonstrar a *existência* da união estável.

---

<sup>1</sup> STF. RE 646.721, relator: Min. Marco Aurélio, relator p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, data do julgamento: 10/05/2017, data da publicação: 11/09/2017.

Para a análise dos elementos da união estável na doutrina, foram selecionadas cinco obras, que apontaram elementos diversos dos previstos em lei ou trataram de elementos objetivos e subjetivos, quais sejam: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed., São Paulo: RT, 2015; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed., Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2018; STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2021; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2020; TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. 2. ed., Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2020, v. 6.

Maria Berenice Dias, além dos elementos dispostos no art. 1.723, CC, acrescenta a *unicidade do enlace* e aponta a dificuldade de, atualmente, reconhecer se o vínculo é de namoro ou de união estável, delegando a tarefa ao Judiciário. (DIAS, 2015, p. 244-246)

Arnaldo Rizzardo considera que a relação deve ser *monogâmica*, com as exceções do art. 1.723, § 1º, do CC, e acrescenta ao previsto em lei *a comunidade de leito, a honorabilidade da conduta, a fidelidade e a dependência em relação ao outro*. (RIZZARDO, 2018, p. 855-856)

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho distinguem elementos essenciais (*publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituir família*) de elementos acidentais (*tempo, prole e coabitação*). (STOLZE; FILHO, 2021, p. 156-158)

Carlos Roberto Gonçalves entende que vários são os pressupostos para a configuração da união estável e os distingue em subjetivos (*convivência more uxorio e affectio maritalis*) e objetivos (*diversidade de sexos* – mas o autor faz referência à decisão do STF, *notoriedade, estabilidade ou duração prolongada, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica*). (GONÇALVES, 2020, p. 243)

Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira vislumbram, como pressupostos para a configuração da união estável, quanto aos sujeitos, a ausência de impedimentos para o casamento (art. 1.723, § 1º, do CC) e, quanto aos aspectos objetivos, a *estabilidade ou aparência de casamento, continuidade, durabilidade, publicidade e objetivo de constituição de família*. (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 179-180)

Como se pode verificar, há uma multiplicidade de pressupostos da união estável, para além da previsão legal (art. 1.723, CC), sem que haja qualquer consenso entre os autores. Para estabelecer um mesmo recorte temporal, foram escolhidas obras publicadas recentemente.

Diante da diversidade de elementos configuradores da união estável identificados na doutrina, passa-se, subsequentemente, a pesquisar tais elementos na jurisprudência.



O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não reconheceu a União Estável de Luiza Brunet e Lírio Parisotto, por não ser comprovada a existência de vida em comum more uxório e convivência contínua e duradoura, conforme Ementa:

**EMENTA:** Reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens inexistência de vida comum more uxorio convivência contínua e duradoura não configurada - vida social comum inabitual, insólita - ausência dos requisitos exigidos pelo artigo 1723, do código civil autora que não se desincumbiu de provar os fatos alegados incidência do artigo 373, inciso i, do código de processo civil - entidade não caracterizada sentença de improcedência mantida hipótese de motivação per relationem ou aliunde - fundamentos da sentença que dão sustentação às razões de decidir aplicação do artigo 252 do regimento interno do tribunal de justiça de São Paulo precedentes do egrégio superior tribunal de justiça- recurso não provido. (TJSP, 2020)<sup>1</sup>

Além dos requisitos essenciais descritos no Artigo 1723 do Código Civil (CÓDIGO CIVIL, 2002), para caracterização da união estável, existem outros requisitos que os doutrinadores descrevem como básicos para o reconhecimento da união estável. Esses requisitos são: 1) Diversidade de sexos, a diversidade de sexos na união heteroafetiva não exclui o reconhecimento jurídico da união de pessoas do mesmo sexo. 2) Inexistência de impedimentos para o casamento, os impedimentos para o casamento também são impedimentos para o reconhecimento de união estável. 3) Honrabilidade, que se traduz em direitos e deveres, como respeito, lealdade, consideração mútua, assistência moral e material recíproca, criação e educação dos filhos.

Compreendidos os elementos essenciais para a caracterização da união estável, passamos a estudar no próximo tópico, outros elementos que, embora acidentais, auxiliam na sua caracterização.

Por fim, temos os elementos acidentais que, embora não sejam essenciais para a caracterização da união estável, facilitam a sua demonstração judicial, reforçando imensamente a tese da sua existência, a saber: Tempo, Prole e Coabitação.

Portanto, os elementos acidentais, ou não-essenciais, são aqueles que ajudam a comprovar a configuração da união estável, mas não são indispensáveis.

O tempo de convivência e a prole eram importantes para provar a existência de união estável na Lei 8.971 de 1994, que exigia um tempo mínimo de convivência de mais de 5 anos ou a existência de prole em comum. Com a promulgação do Código Civil de 2002, a configuração

---

<sup>1</sup> TJSP, AC, 1094671-33.2016.8.26.0100. Relator(a): Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 15/02/2021.

da união estável poderá se dar qualquer que seja o tempo de união do casal e, bem como, existam ou não filhos em comum.

Coabitação, é necessário que o casal tenha uma vida em comum, mas a jurisprudência não exige que os companheiros vivam sob o mesmo teto, admitindo que residam em locais diferentes.

A Súmula 382 do STF (Supremo Tribunal Federal, 2020) dispõe que a vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato puro.

Carlos Alberto Maluf descreve que,

Coabitação, nesse quesito são discordes as opiniões doutrinárias, visto que na coabitação está implícita a ideia de manutenção de relações sexuais entre os conviventes, e não exatamente a convivência sob o mesmo teto conjugal, que não é requisito para a configuração da união estável. Os conviventes podem até não coabitar, mas é indispensável a comunhão de vidas. (MALUF, 2016, p. 366).

Para Carlos Roberto Gonçalves,

Efetivamente, acarreta insegurança ao meio social atribuir a uma relação entre duas pessoas que vivam sob tetos diferentes, sem justificativa plausível para esse procedimento, a natureza de união estável, com todos os direitos que esta proporciona. Mas, por outro lado, não se pode ignorar o comportamento de muitos casais, que assumem ostensivamente a posição de cônjuges, de companheiro e companheira, mas em casas separadas. Nem por isso se pode afirmar que não estão casados ou não vivem em união estável. (GONÇALVES, 2020. p. 623)

Mesmo vivendo em casas separadas, o casal pode haver constituído a União Estável.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, “se não existe tempo mínimo exigido para a caracterização do vínculo, se a prole comum não se faz indispensável, se a coabitação também se afigura despicienda, como afinal, poderemos reconhecer, com segurança, a caracterização da união estável? (STOLZE; FILHO, 2021)

Carlos Roberto Gonçalves afirma que o juiz deve analisar cada caso em particular, se o casal teve ou não intuito de constituir família:

Desse modo, deverá o juiz, em cada caso concreto, verificar se a união perdura por tempo suficiente, ou não, para o reconhecimento da estabilidade familiar, perquirindo sempre o intuito de constituição de família, que constitui o fundamento do instituto em apreço. (GONÇALVES, 2020. p. 630)

Tempo de convivência, prole e coabitação, quando existentes ou concorrentes, poderão reforçar o reconhecimento da União Estável, mas é importante analisar cada detalhe ou elemento essencial para ensejar a configuração.

O parágrafo primeiro do Artigo 1723 do Código Civil declara que não se configurará a união estável se ocorrer qualquer dos impedimentos constantes do Artigo 1521 do Código Civil.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

#### 4. DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES NA UNIÃO ESTÁVEL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Existem regras e deveres meramente éticos pertinentes tanto ao casamento como para a União Estável, descritas no artigo 1724 do Código Civil, que expõe que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

O dever de lealdade é corresponder a confiança, é ter consideração mútua entre os companheiros. É ter apreço, estima, é dar devida importância a pessoa que está ao seu lado.

O dever de respeito é não ofender, criar conflitos capazes de perturbar a paz social e familiar. É não insultar, humilhar, injuriar o seu companheiro ou companheira. Acrescenta Carlos Alberto Bittar,

Constituir-se violação ao direito de respeito a atribuição genérica de qualificativos depreciantes ou constrangedores, reprovados pelo ordenamento jurídico em prol da tranquilidade social, e, se é condição inerente à vida social, com mais razão ainda deve ser o ponto de partida para a harmonia afetiva do casamento, da união estável e de todos os relacionamentos familiares e afetivos. (BITTAR, 1994, p. 293)

O dever de assistência deve se dar em todas as dimensões, tanto material quanto espiritual e moral. No plano material é garantir as necessidades do lar, dos filhos, da família, respeitados os limites econômicos e financeiros dos companheiros. No plano moral é dar amparo, apoio e ajuda quando necessário.

O dever de guarda, sustento e educação dos filhos é auxiliar, criar e ensinar os filhos menores, garantindo-lhes todos os direitos fundamentais. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal,

In fine, tem-se o dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Não nos parece, porém, cuidar-se essa hipótese de um efeito tipicamente matrimonial. Efetivamente, a guarda, sustento e educação da prole parece estar mais razoavelmente ligada aos deveres decorrentes da paternidade ou maternidade, que, por lógico, independem da existência ou não de um casamento. (CHAVES; ROSENVALD, 2009, p. 194)

O Código Civil determinou que o regime de bens da união estável, quando não há contrato entre as partes, é a comunhão parcial de bens, conforme artigo 1725 “aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens”. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Maria Berenice Dias explica que

No regime de comunhão parcial de bens, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do esforço comum. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em partes iguais. Instala-se o que é chamado de mancomunhão: propriedade comum, devendo ser partilhado, por metade, quando da dissolução do vínculo. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um, não afasta a cotitulariedade do outro. Trata-se de presunção juris et de jure, isto é, não admite prova em contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade: bens recebidos por herança, por doação, ou mediante sub-rogação legal. Aquele que quiser livrar da divisão determinado bem adquirido durante o período de convívio, cabe prova de alguma das exceções legais. Em face da presunção de comunicabilidade, incumbe a quem alega comprovar situação que exclui o patrimônio da partilha. (DIAS, 2020, p. 594)

Declara o artigo 1726 do Código Civil que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

O atual Código Civil incluiu o companheiro (a) o direito de pleitear alimentos, ao dispor em seu artigo 1.694 que:

Art. 1.694- Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Muitas mulheres são obrigadas pelo marido a não trabalhar fora e cuidar apenas da casa e da família. Portanto, a concessão e duração dos alimentos dependem do binômio necessidade-possibilidade. Resulta daí, a necessidade de ser pensionada até adaptar-se ao mercado de trabalho e conseguir se manter por conta própria.

O artigo 1790 do Código Civil estipulou os direitos sucessórios entre os companheiros,

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

O companheiro sobrevivente terá direito real de habitação, isto é, terá direito de residir no imóvel comum destinado a residência do casal, enquanto não constituir nova união ou casamento.

Rose Míriam e Gugu Liberato viveram muitos anos juntos e após a morte do apresentador, ela entrou na justiça pleiteando o reconhecimento da união estável para que tivesse uma porcentagem da fortuna do artista.

A morte inesperada de Gugu Liberato, no dia 21 de novembro de 2019, motivou uma disputa judicial entre a família do artista e Rose Miriam Di Matteo, que tenta comprovar que tinha uma união estável com Gugu para conseguir parte da herança. O apresentador soma um patrimônio estimado em R\$ 1 bilhão e, em seu testamento, destinou 75% para os três filhos e os 25% restantes para os cinco sobrinhos. Além disso, ele deixou uma pensão de R\$ 100 mil para a mãe, Maria do Céu, mas como esse valor foi definido em 2001, sofreu correções e passou para pouco mais de R\$ 160 mil. Rose não foi citada no testamento. Caso a médica, que é mãe dos três filhos do apresentador – João Augusto e as gêmeas Sofia e Marina, consiga comprovar na Justiça a união estável, a divisão dos bens mudará drasticamente, e Rose passará a ter direito a 50% do patrimônio dele. Os filhos do apresentador estão contra a mãe na Justiça e querem manter o que foi definido pelo pai. Segundo Rose, houve momentos difíceis dentro de casa que a fizeram pensar em desistir do processo, mas isso não aconteceu. Ela afirma que se entendeu com os três filhos. A mãe de Gugu diz que seu filho nunca teve um relacionamento amoroso com Rose e assegurou que os dois levavam suas vidas completamente separados. A médica seguiu buscando provas de que havia constituído uma união estável com o apresentador e chegou a entregar à Justiça um documento que foi usado quando ela e os filhos foram tirar o Green Card, em 2016, para que pudessem morar definitivamente nos Estados Unidos. No documento em questão, Gugu justifica por que fez uma doação de US\$ 500 mil a Rose. Esse valor foi investido no país, pois isso era necessário na época para conseguir o direito de morar lá. Na tradução do documento, o apresentador teria dito que Rose era uma “companheira de muitos

anos". O processo segue na Justiça e, dependendo da decisão do juiz, pode haver uma reviravolta na divisão desse patrimônio bilionário. (JOVEM PAN, 2020)<sup>1</sup>

Os companheiros podem adotar, desde que comprovada a estabilidade da família, tenham completado 18 anos e preencham os requisitos legais para adoção.

Na constância da união estável, a criação e educação dos filhos competem igualmente aos dois companheiros, exercendo ambos em igualdade o poder familiar, recorrendo a justiça em caso de discordância.

Para reconhecimento da União Estável pode-se ajuizar Ação Declaratória de Reconhecimento e Extinção da União Estável, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015.

A União entre um casal não se inicia estável. A estabilidade é um atributo do tempo, na convivência duradoura e contínua.

No Quadro Sinótico adiante vamos demonstrar o que a Doutrina atual diz respeito sobre os elementos essenciais e acidentais da União Estável.

Autor	Elementos Essenciais	Elementos Acidentais
Pablo Stolze Gagliano Rodolfo Pamplona Filho	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para os Autores: "Os elementos caracterizadores essenciais da união estável, a saber, são: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família". (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 1287-1289)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para os autores "Embora os elementos acidentais não sejam essenciais para a caracterização da união estável, facilitam a sua demonstração judicial, reforçando imensamente a tese de sua existência. É o caso do tempo de convivência, a existência de prole ou a exigência de coabitação". (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 1289-1290)</li> </ul>
Dimas Messias de Carvalho	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para o autor: "Os seguintes elementos caracterizadores ou pressupostos de configuração da união estável são: Convivência, ostensibilidade da convivência ou publicidade, durabilidade da convivência, estabilidade, inexistência de impedimentos para o casamento, honrabilidade e coabitação." (CARVALHO, 2019, p. 472-476).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• O Autor descreve a coabitação como um elemento essencial e não diz nada a respeito sobre os elementos acidentais.</li> </ul>
Carlos Roberto Gonçalves	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para o Autor: "Os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável desdobra-se em subjetivos e objetivos. Podem ser apontados como de ordem subjetiva: convivência <i>more uxório</i>, <i>affectio maritalis</i>, ânimo ou</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• O Autor não diz nada a respeito sobre os elementos acidentais.</li> </ul>

<sup>1</sup> JOVEM PAN, 23/11/2020. Disponível em: <https://jovempan.com.br/entretenimento/famosos/entenda-como-esta-a-disputa-pela-heranca-de-gugu-um-ano-apos-sua-morte.html>. Acesso em: 23 de Abril de 2021.

	<p>objetivo de constituir família. E como de ordem objetiva: notoriedade, estabilidade ou duração prolongada, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica. (GONÇALVES, 2012, p. 612)</p>	
Rolf Madaleno	<p>● Para o Autor: “A união estável se forma a imagem do casamento, cujo esboço pressupõe alguns requisitos previstos em lei. Convivência pública, continuidade, com objetivo de constituir família e inexistência de impedimento matrimonial”. (MADALENO, 2020, p. 444-460)</p>	<p>● Para o Autor: “Existem um seriado de requisitos cujo somatório permite avaliar se determinado casal convive em união estável. O art. 1723 do Código Civil não condiciona a coabitação para formação da união estável. Mesmo quando possa ser admitida a ausência da moradia conjunta, tão somente deve ser admitida como exceção, nunca como regra geral. O art. 1723 também não estabeleceu qualquer requisito temporal para configurar a mútua convivência. Importa para a configuração da união estável a verificação factual da existência do indissociável consentimento. (MADALENO, 2020, p. 452-455)</p>
Rodrigo da Cunha Pereira	<p>● Para o Autor: “A configuração da união estável está atrelada a elementos subjetivos (vontade de constituir família) e objetivos (convivência que perdura no tempo e em caráter contínuo).” (PEREIRA, 2021, p. 182)</p>	<p>● Para o Autor: “Existem elementos caracterizadores importantes da união estável, mas não determinantes. A lealdade, a coabitação, que perdeu força e importância. A relação de dependência econômica, a existência de filhos e o prazo. Não há um prazo, com rigor absoluto, para determinar a partir de quando a relação se caracterizaria união estável. O importante é que se tenha certa estabilidade e durabilidade.” (PEREIRA, 182-185)</p>
Daniela Rosário Rodrigues	<p>● Para a Autora: “Somente haverá união estável se presente os seguintes pressupostos: publicidade da união, continuidade da união, durabilidade da união e objetivo de constituir família.” (RODRIGUES, 2017, p. 84-85)</p>	<p>● Para a Autora: “O reconhecimento da união estável não exige a coabitação sob o mesmo teto.” (RODRIGUES, 2017, p. 85)</p>
Sílvio de Salvo Venosa	<p>● Para o Autor: “Podemos enumerar os elementos constitutivos da união estável: estabilidade, continuidade, publicidade e objetivo de constituição de família.” (VENOSA, 2003, p. 53-55)</p>	<p>● Para o Autor: “Há outros requisitos normalmente apontados pela doutrina, que, inexoravelmente, são considerados em uma avaliação conjunta no caso concreto: fidelidade, habitação comum e unicidade do companheiro ou companheira.” (VENOSA, 2003, p. 56)</p>

Flávio Tartuce	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para o Autor: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública (no sentido de notória), contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (<i>animus familiae</i>). Os impedimentos matrimoniais impedem a caracterização da união estável.” (TARTUCE, 2021, p. 1144)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para o Autor: “A lei não exige prazo mínimo para a sua constituição, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto. Não há exigência de prole comum e não se exige que os companheiros ou conviventes vivam sob o mesmo teto.” (TARTUCE, 2021, p. 1144-1145)</li> </ul>
Maria Berenice Dias	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para a Autora: “A união deve ser pública, o que a lei exige é notoriedade, durabilidade e a continuidade, com a intenção de constituir família” (DIAS, 2020, p. 584-585)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para a Autora “A união estável se inicia de um vínculo afetivo, o relacionamento se torna uma unidade, e deve ser visto como entidade familiar, A relação não deve ser efêmera, circunstancial.” (DIAS, 2020, p. 585-586)</li> </ul>
Nelson Nery Junior Rosa Maria de Andrade Nery	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para os Autores: “Os requisitos para o reconhecimento da união estável são a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família” (JUNIOR; NERY, 2017, p. 2270)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para os Autores: “A lei não exige a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável.” (JUNIOR; NERY, 2017, p. 2273)</li> </ul>

Percebe-se pelo resumo, que os elementos essenciais são citados por todos os doutrinadores, mas, os elementos acidentais, cada doutrinador, têm seu conceito e sua acepção de forma diferente.

## CONCLUSÃO

A família na contemporaneidade é uma instituição social basilar, podendo sua estrutura ser constituída de diferentes formas e pessoas nas sociedades humanas. Sua organização depende das questões culturais e sociais de uma determinada sociedade.

O elemento afeto, hoje, é um relevante fato a ser considerado pela esfera jurídica, estando os julgadores cientes do valor do afeto nas relações familiares, conforme jurisprudências dos maiores Tribunais do país.

A União Estável atualmente é reconhecida como entidade familiar desde que comprovada à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, ou entre pessoas do mesmo sexo, estabelecida com objetivo de constituição de família.

São direitos e deveres iguais dos conviventes, o respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproca; e guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum,

passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Dissolvida a união estável, a assistência material será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Com a morte de um, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Os companheiros poderão de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Informações e documentação: referências: elaboração. Rio Janeiro. 2020.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 22 de Abril de 2021.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 22 de Abril de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 20 de Abril de 2020.

BRASIL. Lei 3.807 de 26 de Agosto de 1960. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-)

1969/L3807.htm#:~:text=L3807&text=LEI%20N%C2%BA%203.807%2C%20DE%2026%20DE%20AGOSTO%20DE%201960.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20Lei%20Org%C3%A2nica%20da%20Previd%C3%A2ncia%20Social.&text=I%20%2D%20na%20qualidade%20de%20O%22segurados,exce%C3%A7%C3%B5es%20expressamente%20consignadas%20nesta%20Lei. Acesso em 21 de Abril de 2021.

BRASIL. Lei 4.297 de 23 de Dezembro de 1963. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128657/lei-4297-63>. Acesso em: 21 de Abril de 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 4.737, de 24 de Setembro de 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4737.htm#:~:text=O%20Presidente%20da%20Rep%C3%ABlica%2C%20Usando,que%20se%20declare%20sua%20filia%C3%A7%C3%A3o](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4737.htm#:~:text=O%20Presidente%20da%20Rep%C3%ABlica%2C%20Usando,que%20se%20declare%20sua%20filia%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 22 de Abril de 2021.

BRASIL. Lei 8.971 de 29 de Dezembro de 1994. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8971.htm#:~:text=LEI%20No%208.971%2C%20DE,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20lei%3A&text=III%20%2D%20na%20falta%20de%20descendent](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm#:~:text=LEI%20No%208.971%2C%20DE,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20lei%3A&text=III%20%2D%20na%20falta%20de%20descendent) es,direito%20%C3%A0%20totalidade%20da%20heran%C3%A7a. Acesso em: 22 de Abril de 2021.

BRASIL. Lei. 9.278 de 10 de Maio de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm). Acesso em: 22 de Abril de 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 11 ed. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das famílias. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro. Lumens Juris, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10 ed., São Paulo: RT, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 13 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Direito de Família, Vol 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Direito de Família, Vol 6. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JOVEM PAN, 23/11/2020. Disponível em: <https://jovempan.com.br/entretenimento/famosos/entenda-como-esta-a-disputa-pela-heranca-de-gugu-um-ano-apos-sua-morte.html>. Acesso em: 23 de Abril de 2021.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, e MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito de Família. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: Plano da existência. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: Direitos de família e do menor. (Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo). 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 77.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004 Instituições de direito civil : direito de família / 28. ed. Revista e Atualizada por Tânia da Silva Pereira – Rio de Janeiro : Forense, 2020.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PESSOA, Cláudia G. Tabosa. Efeitos patrimoniais do concubinato. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 38.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: Parte Geral. 4. ed., São Paulo: RT, 1974, t. 1.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 10. ed., Rio de Janeiro: GEN, 2018.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.74. apud GOMES,. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. p. 24 et seq.
- RODRIGUES, Daniela Rosário. Direito Civil. Família e Sucessões. Preparatório para Concursos. São Paulo: Rideel, 2007.
- SEREJO, Lourival. Direito Constitucional da Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2021.
- STF. RE 646.721, relator: Min. Marco Aurélio, relator p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, data do julgamento: 10/05/2017, data da publicação: 11/09/2017.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 2.ed. São Paulo: Método, 2012.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família. 2. ed., Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2020, v. 6.
- TJSP, AC, 1094671-33.2016.8.26.0100. Relator(a): Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 15/02/2021
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 3.ed. São Paulo: Atlas: 2003.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O “pressuposto”, o “requisito” e a “condição” na Teoria Geral do Direito e no Direito Público”. In Revista da Faculdade de Direito: UFMG. Belo Horizonte: Imprensa Universitária, out./1973, v. 21, n. 13, p. 22.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço et al. Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 256.

# O CONTROLE DA DESPESA PÚBLICA COM PESSOAL NO DIREITO BRASILEIRO

## PANORAMA NORMATIVO RECENTE

---

**Leandro Maciel do Nascimento**

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP). Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Constitucional (UFPI) e Bacharel em Direito (UFPI).

Pesquisador vinculado ao grupo "Orçamentos Públicos: Planejamento, Gestão e Fiscalização", junto ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP.

---

**Resumo:** O presente texto aborda as principais regras de despesa de pessoal no âmbito da gestão pública brasileira. Ao longo dos últimos anos, em razão do agravamento da crise fiscal que o país enfrenta, o tema foi objeto de alterações promovidas por emendas constitucionais e por leis complementares aprovadas pelo Congresso Nacional. Ao mesmo tempo, diversas regras da Lei de Responsabilidade Fiscal tiveram sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, cuja decisão definitiva de mérito ocorreu no ano de 2020. Nesse contexto, o objetivo do trabalho é sistematizar o panorama normativo e jurisprudencial sobre esse relevante aspecto da gestão pública brasileira. São expostas as regras atualmente em vigor e seus reflexos na responsabilização de gestores, ordenadores de despesas e beneficiários. Na primeira parte do trabalho, são abordadas as regras constitucionais sobre o tema, incluindo alterações realizadas por emendas recentes. Na segunda parte, são expostas as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal. São apresentados os limites para as despesas com pessoal, incluindo alterações legislativas ocorridas nos últimos anos, em reforço dos mecanismos de controle, monitoramento e responsabilização, para o caso de descumprimento das normas estabelecidas.

**Palavras-chave:** Despesa com pessoal. Limites. Controle. Responsabilidade.

*Submetido em 18 de maio de 2022. Aprovado em maio de 2023.*

---

## INTRODUÇÃO

O presente texto aborda as principais regras de despesa de pessoal no âmbito da administração pública brasileira. Trata-se de assunto relevante e atual. Seja em razão do elevado montante, em termos absolutos e relativos, destinado ao pagamento de agentes públicos, ativos e inativos, e de pensionistas. Seja porque, com frequência, debates sobre o tema despertam reações apaixonadas, cuja consequência é desviar o foco de propostas de alterações respaldadas em fundamentos técnicos, as quais poderiam aperfeiçoar a gestão de pessoas no setor público.

O tema é conhecido e já foi exaustivamente trabalhado, sob diversos enfoques, ao longo da vigência da Constituição brasileira de 1988 (CF/88). No entanto, em razão de recentes alterações legislativas, tanto por sucessivas leis complementares quanto por emendas constitucionais, e diante de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), mostra-se útil e necessária uma abordagem que sistematize o panorama normativo e jurisprudencial acerca das regras que limitam a despesa com pessoal no Brasil e seus reflexos na responsabilização de gestores, ordenadores de despesas e beneficiários.

Dessa forma, o trabalho se divide em duas partes, além da introdução e das considerações finais. Na primeira, são apresentadas regras constitucionais que visam a estabelecer limites ao gasto com pessoal. Desde o estabelecimento do número de parlamentares até a previsão de lei complementar a disciplinar os limites percentuais de gastos, passando por regras para o controle de despesas dirigidas especificamente aos municípios, as emendas parlamentares de execução obrigatória e as regras fiscais voltadas para os governos subnacionais. Na segunda parte, o foco é a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), como um dos principais textos normativos voltados ao planejamento, à execução e ao controle das finanças públicas nacionais. São apresentados parâmetros e limites para as despesas com pessoal, incluindo alterações legislativas ocorridas nos últimos anos, além dos mecanismos de monitoramento e responsabilização, para o caso de descumprimento das normas estabelecidas.

Busca-se, ao longo do texto, abordagem mais descritiva do que valorativa. O objetivo é apresentar uma atualização do panorama normativo e jurisprudencial sobre esse relevante aspecto da gestão pública brasileira.

### 1 REGRAS CONSTITUCIONAIS PARA CONTROLAR A DESPESA COM PESSOAL

A despesa com pessoal está entre as matérias que mais despertam preocupações no âmbito da gestão pública no Brasil. Trata-se de despesa de natureza obrigatória, de longo prazo,

propensa ao crescimento e triplamente reforçada pela CF/88: de um lado, há a previsão de irredutibilidade de vencimentos e de subsídios dos agentes públicos (art. 37, XV); de outro, os ocupantes de cargo efetivo são, em regra, protegidos pela estabilidade (art. 41) ou pela vitaliciedade (art. 95, I e art. 128, § 5º, I, a) e, por fim, a proposta de despesa com pessoal anualmente apresentada pelo Poder Executivo no projeto de lei orçamentária não pode ser objeto de anulação, por emenda, quando de sua tramitação legislativa (art. 166, § 3º, II, a).

Em face de uma série de características da formação e da evolução da administração brasileira, é possível afirmar que, sem essas restrições normativas, haveria total descontrole tanto no quantitativo de cargos e empregos públicos, quanto nos valores pagos aos ocupantes. Somando-se esse montante às despesas com inativos e pensionistas (civis e militares), o resultado seria o direcionamento da quase totalidade dos recursos públicos disponíveis para o gasto com pessoal, tendo por consequência o comprometimento da política fiscal (MENDES, 2016, p. 56). Tal situação inviabilizaria o custeio de políticas públicas e de investimentos finalísticos, como se a única finalidade estatal relevante fosse o gerenciamento de folhas de pagamento. Principalmente nos estados e municípios brasileiros (GIAMBIAGI, 2021, p. 116).

A Constituição brasileira de 1988 reflete esse estado de coisas e traz, desde sua redação original, um conjunto de regras que limitam tais despesas. Esses limites encontram-se dispersos no texto e tem como destinatários chefes de poder, chefes de órgãos autônomos, administradores e ordenadores de despesa. Ademais, há diversos comandos constitucionais que são regulamentados por normas infraconstitucionais. Destas, a mais importante é a LRF, que tem como um de seus fundamentos o art. 169 da CF/88. O descumprimento de tais limites acarreta sanções institucionais (dirigidas ao ente ou órgão descumpridor) e pode levar à responsabilização dos ordenadores de despesa.

O detalhamento das principais regras constitucionais permanentes de controle de despesa com pessoal, incluindo a despesa com agentes políticos, será feito a seguir.

Primeiramente, o constituinte originário estabeleceu limites aos gastos com membros dos poderes legislativos de todos os entes federativos. No âmbito do Congresso Nacional, o texto constitucional limita o número de senadores a três para cada estado e para o Distrito Federal (art. 46, § 1º). No entanto, não estabelece o número total de deputados federais (nem as respectivas representações), determinando que será “estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados” (art. 45, § 1º). Tal dispositivo é regulamentado pela Lei Complementar (LC)

n. 78, de 30.12.1993, a qual estabelece: 1) que é quinhentos e treze o número total de membros da Câmara dos Deputados; 2) que o estado mais populoso terá setenta e os menos populosos terão oito parlamentares 3) que, no ano anterior às eleições gerais, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) fornecerá as estatísticas populacionais para o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o qual atualizará os cálculos e definirá as bancadas.

Estabelecido o número de senadores e de deputados federais, a CF/88 determina as seguintes vinculações quanto aos demais entes da federação: 1) “O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze” (art. 27 e art. 32, § 3º) e 2) o número de vereadores de cada município deve respeitar proporção quanto à respectiva população, em vinte e quatro faixas, indo do mínimo de nove, para municípios com até quinze mil habitantes, até o máximo de cinquenta e cinco vereadores, para municípios com mais de oito milhões de habitantes (art. 29, IV, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 58, de 23.09.2009).

Fixado o quantitativo de parlamentares em todos os níveis de governo, o constituinte estabeleceu limites às respectivas remunerações. No âmbito federal, o subsídio dos congressistas é limitado ao valor previsto para os ministros do STF (art. 37, X) e são fixados, por decreto legislativo (art. 49, VII), em valor idêntico para deputados federais e senadores. Os deputados estaduais e distritais terão seus subsídios fixados por lei (portanto, com valor sujeito a veto por parte dos governadores) e limitados a setenta e cinco por cento do valor do que recebem seus colegas federais (art. 27, § 2º e art. 32, § 3º). Quanto aos vereadores, o cálculo do limite dos subsídios é mais complexo, pois utiliza dois parâmetros: o subsídio de deputados estaduais e a população de cada município. Nesse caso, existem seis faixas de teto (art. 29, VI). Nos municípios menores (até dez mil habitantes), a remuneração dos edis é limitada a vinte por cento da dos deputados estaduais (art. 29, VI, a); por sua vez, nos maiores (acima de quinhentos mil habitantes), a remuneração dos vereadores está limitada a setenta e cinco por cento do subsídio dos membros da respectiva assembleia legislativa (art. 29, VI, f). Ademais, há um expresso limite temporal: o valor do subsídio dos vereadores só poderá ter vigência na legislatura seguinte ao da edição da norma da câmara municipal que o fixar (art. 29, VI).

Para tornar ainda mais complexa a situação dos municípios, o Poder Legislativo municipal está submetido a diversos outros limites de despesa, nos termos do art. 29-A, da CF/88. Especificamente quanto ao gasto com pessoal, a “Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio de seus

Vereadores” (art. 29-A, § 1º). E mais: o descumprimento dessa regra “[c]onstitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal” (art. 29-A, § 3º). Ou seja, é importante que o gestor do legislativo local tenha uma excelente equipe de apoio para não confundir os limites de despesa com pessoal (ou “folha de pagamento”): de um lado, deve acompanhar os números da receita corrente líquida do município (e respeitar o limite de seis por cento previsto no art. 20, III, a, da LRF) e, de outro, deve acompanhar atentamente as receitas da Câmara Municipal e respeitar o limite constitucional de setenta por cento (art. 29-A, § 3º).

Ainda quanto aos poderes legislativos, em caso de sessões extraordinárias, está vedado o pagamento aos parlamentares de parcela indenizatória em razão da convocação (art. 57, § 7º, da CF/88). Tal dispositivo, deve ser aplicado, por simetria, aos demais entes da federação.

Além das limitações específicas para os poderes legislativos, a CF/88 traz normas gerais de limites aos gastos com pessoal, voltadas para toda a administração pública. Nesse sentido, a remuneração e o subsídio dos agentes públicos “somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso” (art. 37, X). Por sua vez, como extensão da exigência de lei específica, “é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público” (art. 37, XIII). Ou melhor, são nulas as concessões de aumentos, bem como as equiparações e/ou as vinculações de remuneração entre cargos distintos se feitas por atos infralegais. Há também tetos de pagamento de pessoal. Nesse sentido, o valor devido aos agentes públicos (excluídas as parcelas de natureza indenizatória, conforme art. 37, § 11) não deve exceder, como regra geral, o subsídio mensal dos ministros do STF, o qual é fixado e alterado mediante lei aprovada pelo Congresso Nacional (art. 48, XV), de iniciativa privativa do mencionado tribunal (art. 96, II, b). No contexto dos estados, Distrito Federal e municípios, devem ser respeitados diversos subtetos, que variam de acordo com o poder e conforme determinadas categorias, como os membros do Ministério Público, procuradores e defensores públicos (art. 37, XI e § 12).

Deve ser mencionado também o fato de que a CF/88 proíbe a prática, muito comum no passado recente, de tornar permanente o pagamento de parcelas que, por sua natureza, são específicas, temporárias e inerentes a determinadas atribuições passageiras. Dessa forma, “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores” (art. 37, XIV) assim como passou a ser “vedada a incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo” (art. 39, § 9º).

Na parte do texto constitucional reservada aos orçamentos públicos, há constante e reforçada preocupação com o controle das despesas com pessoal. Uma das alterações mais relevantes, em anos recentes, foi a que tornou obrigatória a execução de emendas parlamentares à lei orçamentária anual, as chamadas emendas impositivas. Nos termos do art. 166-A, as emendas individuais (de execução obrigatória) ao orçamento da União poderão alocar recursos aos governos subnacionais por meio de transferência especial ou transferência com finalidade definida. Em ambos os casos, recursos poderão ser destinados às mais diversas finalidades, exceto para “encargos referentes ao serviço da dívida” e para “despesas com pessoal e encargos sociais relativas a ativos e inativos, ou pensionistas”. Ademais, os recursos das emendas parlamentares não poderão flexibilizar, nem mesmo de modo indireto, os limites de despesa com pessoal, pois “não integrarão a receita do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios para fins de repartição e para o cálculo dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo” (art. 166-A, *caput* e § 1º). Ou seja, o valor “não integrará a base de cálculo da receita corrente líquida para fins de aplicação dos limites de despesa de pessoal de que trata o art. 169” (art. 166, § 16). Como se pode perceber, uma das contrapartidas para a criação das emendas parlamentares impositivas foi a vedação da aplicação dos recursos para o custeio de despesas com pessoal.

Ainda no contexto das recentes alterações das normas financeiras e orçamentárias, a EC n. 109, de 15.03.2021, acrescentou o art. 167-A ao texto constitucional. Com esse dispositivo, foi estabelecida mais uma regra fiscal aos entes subnacionais, formatada a partir da relação entre as despesas correntes e receitas correntes. O principal objetivo é limitar a despesa com pessoal, por meio de controles inicialmente dirigidos à União (conforme o “Novo Regime Fiscal” – “Teto de Gastos” –, criado pela EC n. 95, de 15.12.2016). Note-se:

Art. 167-A. Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a **relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95%** (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **é facultado** aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, **aplicar o mecanismo de ajuste fiscal de vedação da:**

- I - concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e de militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo;
- II - criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;
- III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa
- IV - admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas:
  - a) as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa;
  - b) as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios;
  - c) as contratações temporárias de que trata o inciso IX do *caput* do art. 37 desta Constituição; e

d) as reposições de temporários para prestação de serviço militar e de alunos de órgãos de formação de militares;

V - realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV deste caput;

VI - criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e de militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo; [...] (Grifado)

O *caput* do art. 167-A utiliza o verbo “facultar”. Ou seja, se e quando a relação entre a despesa corrente e a receita corrente atingir a razão de 95% (noventa e cinco por cento), seria “facultado” aos poderes e órgãos autônomos estaduais, distritais e municipais a adoção das medidas previstas. Tal redação afastaria, a princípio, eventual inconstitucionalidade, por violação da autonomia federativa, pois não obriga os entes a adotar as restrições. No entanto, o que se apresenta como facultativo pode se tornar obrigatório, caso o ente necessite realizar operações de crédito ou solicitar garantias, nos termos do § 6º do mesmo artigo.

Em todo caso, está-se diante de importante restrição à autonomia financeira do ente federativo, caso este não reduza o gasto com pessoal na hipótese prevista. A vedação à realização de operações de crédito abrange novações, refinanciamentos e postergação de dívidas. A única exceção trata das avenças “destinadas a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento” (art. 167-A, § 6º, II, parte final). Acrescente-se que a verificação dos indicadores fica a cargo dos tribunais de contas, os quais declararão o atendimento (ou não) dos limites estabelecidos (BRASIL, 2021, p. 101).

Por fim, convém detalhar o art. 169, da CF/88. Trata-se do dispositivo que constitucionaliza a prioridade em restringir, já no planejamento orçamentário, a despesa com pessoal. Sua regulamentação já foi objeto da LC n. 82, de 25.03.1995, substituída pela LC n. 96, de 31.03.1999, que, por sua vez, foi revogada pela LRF, de 04.05.2000.

Em sua versão original, norma constitucional estabelecia que a “despesa com pessoal ativo e inativo” de todos os entes da federação “não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”. Tal redação poderia gerar dúvidas sobre a possibilidade de a lei complementar incluir as despesas com pensionistas nos limites de gastos com pessoal. Note-se que tanto a LRF (art. 18), quanto sua antecessora, a LC n. 96, de 31.03.1999 (art. 2º, I), incluem os gastos com pensões no conceito de “despesa total com pessoal”. Daí, a pergunta: poderia a lei complementar, a título de regulamentar o art. 169, ampliar seu alcance ou apenas estabelecer limites quantitativos para ativos e inativos? Em 2019, o STF enfrentou a questão quando da apreciação de medida cautelar na ADI n. 6.129 MC-GO. No caso, tratava-se de emenda a

constituição estadual que estabelecia novo regime fiscal (teto de gastos) e expressamente excluía os pensionistas do cômputo das despesas com pessoal. Ao decidir, o STF entendeu que a LRF, por veicular normas gerais sobre finanças públicas, é compatível com a CF/88. Desse modo, norma estadual que não a seguir será formalmente inconstitucional (BRASIL, 2019).

De todo modo, a EC n. 109, de 15.03.2021, estabeleceu a seguinte redação ao art. 169, da CF/88: “A despesa com pessoal ativo e inativo e **pensionistas** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar” (Grifado). Ficou, pois, afastada qualquer dúvida: as despesas com pensionistas devem entrar no cálculo dos limites de gastos com pessoal.

Ademais, o art. 169, § 1º, da CF/88, estabelece exigências para o caso de expansão de tais despesas: 1) a existência de prévia dotação orçamentária e 2) autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Acrescente-se que os demais parágrafos do art. 169, da CF/88, trazem um conteúdo mínimo para a lei complementar a regular os limites de despesa com pessoal: 1) estabelecimento de prazos para a readequação aos limites legais; 2) providências que deverão ser adotadas pelos gestores; 3) sanções institucionais ao ente responsável. Com efeito, na hipótese de descumprimento dos limites, o ente deverá adotar, sucessivamente, as seguintes medidas: 1) redução de despesa com cargos em comissão e funções de confiança; 2) exoneração de servidores não estáveis e 3) perda do cargo em desfavor de servidores estáveis, por ato normativo motivado de cada poder, mediante indenização ao servidor.

Acrescente-se que o texto constitucional não autoriza a redução da jornada de trabalho com redução de remuneração dos servidores públicos. Essa possibilidade não está entre as ressalvas ao art. 37, XV, da CF/88 (“o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”).

Ademais, decorrido o prazo da lei complementar, sem a readequação aos limites, o ente estará sujeito a sanções institucionais. No caso, a suspensão de “todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites” (art. 169, § 2º), ressalvadas as transferências constitucionais e legais.

## 2 REGRAS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL PARA CONTROLAR A DESPESA COM PESSOAL

Na parte que trata do controle da despesa com pessoal, as regras da LRF encontram fundamento no art. 169, da Constituição brasileira de 1988. Tal gasto é um dos mais relevantes

da gestão pública e sua limitação é um dos pressupostos de zelo e de eficiência no trato dos recursos públicos. Nesse sentido, tem força de lei a diretriz segundo a qual a responsabilidade fiscal “pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante [...] a obediência a limites e condições no que tange a [...] geração de despesas com pessoal [...]” (art. 1º, § 1º, da LRF).

Ao longo de sua vigência, a LC n. 101, 04.05.2000, foi alterada diversas vezes e muitos de seus dispositivos tiveram sua constitucionalidade questionada perante o STF. No que tange ao controle das despesas com pessoal, as alterações foram realizadas por meio da LC n. 164, de 18.12.2018, da LC n. 173, de 27.05.2020, e a da LC n. 178, de 13.01.2021. Por sua vez, em 24.06.2020, o STF concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.238/DF (cuja tramitação iniciara-se em 04.07.2000), sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes. A exposição a seguir levará em conta esse panorama normativo e jurisprudencial.

## 2.1 PARÂMETROS E LIMITES PARA AS DESPESAS COM PESSOAL

Ao tratar da despesa com pessoal, como espécie de “despesa obrigatória de caráter continuado” (art. 21, I, a, c/c art. 17), a LRF estabelece no art. 18 o seguinte conceito:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como **despesa total com pessoal**: o **somatório dos gastos** do ente da Federação com os **ativos**, os **inativos** e os **pensionistas**, relativos a **mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares** e de **membros de Poder**, com **quaisquer espécies remuneratórias**, tais como **vencimentos** e **vantagens**, fixas e variáveis, **subsídios, proventos** da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive **adicionais, gratificações, horas extras** e **vantagens pessoais** de qualquer natureza, bem como **encargos sociais** e **contribuições recolhidas** pelo ente às entidades de previdência. (Grifado)

Note-se que, desde sua redação original, o conceito abrange a despesas com pensionistas. Havia dúvidas sobre a possibilidade de a LRF realizar essa ampliação, visto que o art. 169 da CF mencionava apenas a ativos e inativos. No entanto, não só o STF (ADI n. 6.129-GO) ratificou o entendimento de que o art. 18 da LRF é constitucional (visto se tratar do exercício da competência da União para editar normas gerais sobre finanças públicas), como posteriormente a EC n. 109, de 15.03.2021, incluiu os pensionistas, no *caput* do art. 169 do texto constitucional, como gastos sujeitos a controle quantitativo por lei complementar.

Quanto à natureza dos pagamentos, o dispositivo menciona apenas parcelas de cunho remuneratório, como vencimentos, subsídios, vantagens, adicionais, gratificações e horas extras, além de proventos de aposentadorias, reformas e pensões. Dessa forma, pagamentos de cunho indenizatórios não são considerados como despesa com pessoal, para fins de apuração de limites,

nos termos da LRF. Tal constatação leva ao entendimento de que diárias, indenizações de férias, indenizações de licença-prêmio e auxílios de natureza indenizatória não impactam a despesa total com pessoal, embora possam apresentar elevado custo financeiro.

Por outro lado, os pagamentos a título de encargos sociais devem ser contabilizados como despesa com pessoal. São gastos decorrentes da gestão de pessoas e que ficam a cargo do ente ou órgão pagador, como as contribuições ao regime de previdência e ao FGTS, entre outras. Tais despesas estão expressamente previstas no art. 18 da LRF.

Questão relevante diz respeito à contabilização dos pagamentos relativos a título de terceirização de mão-de-obra. Segundo a LRF, as obrigações pecuniárias decorrentes de tais contratos “que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão registrados como ‘Outras Despesas de Pessoal’” (art. 18, § 1º). A princípio, o dispositivo tem como objetivo evitar a tentativa de redução da despesa com pessoal, por meio da substituição de servidores efetivos por terceirizados, com vínculo precário, para a realização de atividades finalísticas. Caso essa substituição ocorra, a remuneração paga aos terceirizados deve ser computada no cálculo do limite com pessoal. Contudo, se a terceirização for destinada a realização de atividades-meio, a remuneração paga não será computada como despesa com pessoal. Ainda assim, trata-se de dispositivo que dá margem a entes, que estejam próximo ou mesmo que já tenham extrapolado os limites, utilizem mão-de-obra terceirizada, em desvio de finalidade, para contornar as vedações à admissão de pessoas no serviço público (FURTADO, 2013, p. 465).

Ainda quanto ao cálculo da despesa total com pessoal, a LC n. 178, de 13.01.2021, trouxe duas novidades. A primeira é a nova parte final do art. 18, § 2º, que passou a ter a seguinte redação: “A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos 11 (onze) imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência, **independentemente de empenho**” (Grifado). Esse acréscimo afasta qualquer dúvida quanto à possibilidade de se postergar empenhos de despesa de pessoal (como, por exemplo, as folhas de pagamento relativas ao mês de dezembro e ao décimo-terceiro) para os primeiros dias de janeiro do exercício seguinte, com o objetivo de reduzir contabilmente a despesa do exercício anterior. O fundamento de tal prática de contabilidade criativa<sup>1</sup> seria o art. 35, II, da Lei n. 4.320, de 17.03.1964, segundo o qual pertencem ao exercício financeiro “as despesas nêle

---

<sup>1</sup> “Um dos temas mais frequentes do debate internacional sobre regras fiscais é a utilização da chamada ‘contabilidade criativa’ com o fim de **subestimar despesas, superestimar receitas e reduzir o endividamento**. Tais práticas assumem diversas formas, mas usualmente implicam a mudança de uma forma de cálculo adotada tradicionalmente, a exclusão de certos itens de despesa do cálculo do déficit público, a realização de operações pouco convencionais entre entes governamentais. **O ponto central é que a contabilidade criativa enfraquece as regras fiscais por diminuir a credibilidade dos números anunciados e representam uma redução da transparência das contas públicas.**” (LIMA, 2014, p. 256-257. Grifado).

legalmente empenhadas” (art. 35, II). Com a recente alteração trazida pela LC n. 178, de 13.01.2021, a LRF reforça o regime de competência em matéria de despesa com pessoal, independentemente da data do empenho da folha de pagamento.

A segunda alteração está na inclusão de um terceiro parágrafo ao art. 18 da LRF, nos seguintes termos: “Para a apuração da despesa total com pessoal, **será observada a remuneração bruta do servidor, sem qualquer dedução ou retenção**, ressalvada a redução para atendimento ao disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal” (art. 18, § 3º. Grifado). Com essa mudança legislativa, fica afastada a possibilidade de excluir do cômputo da despesa com pessoal da parcela do imposto de renda retido na fonte, sob a alegação de que tal receita pertenceria ao ente pagador (por previsão constitucional) e não ao agente público. Com o novo dispositivo, fica claro que deverá ser observado o valor bruto da remuneração do servidor “sem qualquer dedução ou retenção”, para fins de cálculo da despesa total com pessoal.

Outra parcela de recursos públicos com pessoal diz respeito aos déficits financeiros dos regimes próprios de previdência. Trata-se de despesa pública relevante em todos os níveis de governo no Brasil. Em outras palavras, quando as receitas próprias (contribuição dos agentes públicos e dos entes pagadores) são insuficientes para as despesas dos benefícios, o respectivo tesouro deve aportar recursos para cobrir as diferenças e garantir o pagamento de aposentadorias, reformas e pensões (BRASIL, 2021, p. 39).

Nessa situação, em outro caso de contabilidade criativa, poderia haver a alegação de que tais recursos seriam destinados a cobrir não o déficit financeiro, mas o déficit atuarial dos regimes previdenciários. Note-se que há uma diferença relevante, que vai além da nomenclatura: em se entendendo que a destinação seria para a recomposição atuarial, tais coberturas não deveriam ser computadas no cálculo das despesas com pessoal. No entanto, afastando as dúvidas, a LC n. 178, de 13.01.2021, acrescentou novo dispositivo à LRF, de acordo com o qual na “verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo [art. 19], **é vedada a dedução** da parcela custeada com **recursos aportados para a cobertura do déficit financeiro dos regimes de previdência**” (art. 19, § 3º. Grifado).

Em todo caso, as demais exclusões previstas na LRF continuam em vigor, sem prejuízo das alterações estabelecidas pela LC n. 178, de 13.01.2021, nos termos art. 19, abaixo transcrito:

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;

II - relativas a incentivos à demissão voluntária;

III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição;

IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

V - com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional nº 19;

VI - com inativos e pensionistas, ainda que pagas por intermédio de unidade gestora única ou fundo previsto no art. 249 da Constituição Federal, **quanto à parcela custeada por recursos provenientes:** ([Redação dada pela LC nº 178, de 2021](#))

a) da arrecadação de contribuições dos segurados;

b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;

c) de transferências destinadas a promover o equilíbrio atuarial do regime de previdência, na forma definida pelo órgão do Poder Executivo federal responsável pela orientação, pela supervisão e pelo acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. ([Redação dada pela LC nº 178, de 2021](#))

§ 2º Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de **sentenças judiciais** serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. [...] (Grifado)

Cada um dos limites globais previstos nos incisos do art. 19, da LRF, são subdivididos, em cada uma das esferas de governo, entre os poderes e órgãos autônomos, conforme detalhamento previsto no art. 20, da LRF. Quando do julgamento da ADI n. 2.238/DF, o STF reafirmou a constitucionalidade de tais subdivisões. Na decisão de mérito, ficou registrado que “um teto de gastos particularizado, segundo os respectivos poderes ou órgãos afetados (art. 20 da LRF), não representa intromissão na autonomia financeira dos entes subnacionais. Reforça, antes, a autoridade jurídica do art. 169 da CF [...]” (BRASIL, 2020). Em outras palavras, de acordo com o STF, o detalhamento dos limites para os poderes e para os órgãos autônomos de todos os entes da federação, fortalece a separação dos poderes e a autonomia federativa, ao invés de as comprometer.

Assim, estabelecidos o conceito, as parcelas incluídas e as excluídas, os limites de cada esfera de governo (e suas subdivisões), serão expostos os instrumentos de controle e as consequências das violações.

## 2.2 A APLICAÇÃO DOS CONTROLE PARA AS DESPESAS COM PESSOAL

### 2.2.1 Atos nulos de pleno direito

Como mecanismo de controle dos limites estabelecidos para limitar as despesas com pessoal, a LRF elenca, primeiramente, um rol de atos para os quais determina a nulidade “de pleno direito”, nos termos do art. 21, conforme alterações a partir da LC n. 173, de 27.05.2020.

Nesse sentido, é possível dividir os casos de nulidade em três grupos. O primeiro, diz respeito ao cumprimento de formalidades constitucionais e da própria LRF para a geração de despesa com pessoal. É o que determina o art. 21, I, da LRF:

Art. 21. É nulo de pleno direito: [\(Redação dada pela LC nº 173, de 2020\)](#)

I - o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do caput do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; e [\(Incluído pela LC nº 173, de 2020\)](#)

b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo; [\(Incluído pela LC nº 173, de 2020\)](#)

A geração de despesa pública pressupõe distintas etapas de planejamento e de transparência, as quais devem ter respaldo nos planos plurianuais, nas leis de diretrizes orçamentárias e previsão de custeio nas leis orçamentárias anuais, de modo que possam ficar evidenciados os custos e os impactos financeiros. Nesse sentido, nos termos do art. 15, da LRF, são “consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17”, os quais exigem a estimativa de impacto orçamentário e financeiro, bem como a declaração de que o aumento de despesa é compatível com as leis de orçamento.

Gasto obrigatório de caráter continuado é a “despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios” (art. 17, *caput*, da LRF). Por sua vez, os “atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio” (art. 17, § 1º, da LRF). No entanto, a LRF estabelece duas exceções, no art. 17, § 6º, de modo que tais exigências não se aplicam “[1] às despesas destinadas ao serviço da dívida nem [2] ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição”.

Trata-se de redação confusa, uma vez que o art. 21 passou a determinar, de modo expresso, que as despesas com pessoal, como todas as despesas de caráter continuado, devem cumprir as regras dos arts. 16 e 17. No entanto, a “concessão de reajustamento de remuneração” estaria isenta das justificativas. Dessa forma, qual seria a melhor interpretação a ser adotada? Como conciliar dispositivos aparentemente conflitantes? Em resposta, há que se concluir que, como regra geral, a geração de despesa com pessoal, para ser juridicamente válida, deve apresentar a estimativa de impacto orçamentário e financeiro e indicar os recursos que serão utilizados. No entanto, é possível reconhecer uma exceção: em se tratando da “revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices” (parte final do art. 37, X, da CF/88),

estão dispensadas as formalidades exigidas pela LRF quanto aos impactos e aos recursos necessários. Mas deve ser realçado: somente quando se tratar da hipótese de revisão geral anual.

Voltando ao art. 21, da LRF, há um segundo grupo de situações que geram nulidades. Este diz respeito à preocupação quanto ao impacto que a transição de gestores pode causar às finanças públicas. Principalmente, quando se trata de despesa com pessoal. Partindo da premissa de que mudanças de gestão são situações que, no Brasil, representam riscos fiscais, a LRF foi alterada para reforçar as restrições de fim de mandato. Assim, é nulo de pleno direito:

II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal **nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular** de Poder ou órgão referido no art. 20; ([Redação dada pela LC nº 173, de 2020](#)).

III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja **parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular** de Poder ou órgão referido no art. 20; ([Incluído pela LC nº 173, de 2020](#)) (Grifado)

Observe-se que há três situações. A primeira trata do aumento de despesas com pessoal nos últimos cento e oitenta dias de mandato do titular de poder ou de órgão autônomo (art. 21, II). A segunda diz respeito ao aumento ocorrer antes dos cento e oitenta dias que antecedem o fim do mandato, mas estabelecer parcelas para cumprimento na próxima gestão (art. 21, III).

Nessas duas situações, o ato de aumento de gasto com pessoal será nulo de pleno direito. Observe-se que, a princípio, tais restrições abrangem os chefes do poder executivo, do poder legislativo, do poder judiciário, do ministério público e do tribunal de contas de cada uma das esferas de governo. Desse modo, os efeitos de qualquer ato dessa natureza devem ser iniciados e concluídos dentro do prazo estabelecido na nova redação da LRF, sob pena de nulidade. Além disso, não poderão estabelecer parcelas a serem implementadas na gestão posterior.

Por último, o terceiro grupo de nulidades. Não se trata apenas do impacto da transição de mandato entre pares; ou seja, dentro de um mesmo poder ou órgão autônomo. Aqui, o objeto de preocupação corresponde à situação em que os chefes de poder e dos órgãos autônomos venham a aprovar, mesmo que por lei, aumento da despesa com pessoal que se estenda à gestão do próximo chefe do poder executivo. Assim, é nula de pleno direito (art. 21, da LRF):

IV - a aprovação, a edição ou a sanção, **por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras** do setor público, ou a **edição de ato**, por esses agentes, para **nomeação de aprovados em concurso público**, quando: ([Incluído pela LC nº 173, de 2020](#))

a) resultar em **aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo**; ou ([Incluído pela LC nº 173, de 2020](#))

b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja **parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo.** ([Incluído pela LC nº 173, de 2020](#)).

De acordo com a nova regra, são nulos os atos de aumento de despesa de pessoal realizados nos últimos cento e oitenta dias de mandato do chefe do poder executivo ou que prevejam parcelas a serem implementadas na gestão seguinte. Trata-se de regra rígida, que alcança inclusive “a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público” (art. 21, IV), se dele resultar “aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo” (art. 21, IV, a, da LRF) ou “aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo” (art. 21, IV, b, da LRF).

Por fim, observe-se que as restrições previstas nos incisos II, III e IV, “devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo” (art. 21, § 1º, I, da LRF). No entanto, “aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20” (art. 21, § 1º, II, da LRF). Percebe-se, nesse caso, uma incoerência na redação dos dispositivos: de um lado, as restrições abrangem o “titular de Poder ou órgão autônomo” (inciso I); de outro, seriam aplicáveis apenas aos que ocupam “cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20” (inciso II). Dessa forma, as chefias dos tribunais (judiciais e de contas), do ministério público e das defensorias públicas estariam isentas das medidas de controle da despesa com pessoal durante o período em questão.

Tal conclusão, embora possa ser extraída de uma leitura isolada de seu art. 21, § 1º, II, não se coaduna com os fundamentos, os pressupostos, os objetivos da LRF, principalmente em relação ao detalhamento dos órgãos abrangidos por suas disposições.

## 2.2.2 Monitoramento e consequências da violação dos limites para as despesas com pessoal

A LRF estabelece monitoramento quadrimestral das despesas com pessoal (art. 22). De acordo com as regras em vigor, as informações são prestadas por meio dos relatórios de gestão fiscal assinados pelos titulares e as autoridades da administração financeira e do controle interno (art. 54). Esses relatórios, aos quais deve ser dada ampla publicidade (art. 55, § 2º), deverão conter, entre outras informações, os montantes da despesa com pessoal (art. 55, I, a).

Divulgados os relatórios, aos tribunais de contas compete verificar os cálculos declarados pelos Poderes e órgãos autônomos (art. 59, § 2º, da LRF). Ressalte-se que, nesse ponto, a competência do controle externo não é punitiva nem sancionatória. Consiste em atestar a veracidade e a idoneidade dos números apresentados pelos órgãos que ordenam a despesa. Em

todo caso, para fins de monitoramento, a LRF estabeleceu um sistema gradativo, prevendo três situações: 1) alerta; 2) proximidade de violação dos limites e 3) violação dos limites.

A primeira situação ocorre quando a despesa total com pessoal atingir 90% (noventa por cento) da receita corrente líquida. Nesse caso, os tribunais de contas deverão emitir alertas para os poderes e órgãos autônomos, nos termos do art. 59, § 1º, da LRF.

A segunda situação se configura quando as despesas com pessoal continuam a crescer e atingem o montante de 95% (noventa e cinco por cento) da receita corrente líquida, chamado de limite prudencial. Uma vez confirmada a hipótese pelo tribunal de contas, o poder ou órgão constitucional autônomo deverá adotar medidas de controle de despesas, como a vedação de: 1) concessão de reajustes (salvo se decorrentes de decisão judicial ou determinação legal ou contratual); 2) de criação de cargos, empregos e funções; 3) alteração da estrutura de carreira com aumento de despesa; 4) provimento de cargo público ou admissão de pessoal, salvo reposições por aposentadoria ou falecimento e 5) contratação de horas extras (art. 22, LRF).

Em fevereiro de 2022, o STJ, em decisão proferida pela Primeira Seção no Recurso Especial n. 1.878.849-TO, confirmou o entendimento de que progressões funcionais previstas em lei não geram aumento de despesa de pessoal proibido pela LRF. Dessa forma, ainda que o ente tenha ultrapassado o limite prudencial, o servidor público, caso tenha cumprido todos os requisitos, tem direito subjetivo à progressão na carreira (BRASIL, 2022).

A terceira e última situação ocorre quando o limite para despesa com pessoal é completamente descumprido. Nesse caso, o poder ou órgão autônomo responsável pela violação terá o prazo de dois quadrimestres para reduzir as despesas de modo a que o montante retorne a percentual compatível com o teto previsto, conforme art. 23, *caput*, da LRF. Note-se:

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, **o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes**, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

Trata-se de um conjunto de medidas restritivas, as quais demandam atenção por parte dos intérpretes. Nesse sentido, algumas observações devem ser feitas. Primeiramente, a LRF previa, em sua redação original, a possibilidade de diminuição da remuneração de cargos em comissão, de funções de confiança (art. 23, § 1º) e de cargos efetivos (art. 23, § 2º). No entanto, os dispositivos foram objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2.238-DF), julgada definitivamente no ano de 2020. A decisão de mérito confirmou a impossibilidade de redução da remuneração de servidores públicos, ainda que o ente tenha ultrapassado os limites para despesa

com pessoal. O art. 23, § 1º foi declarado inconstitucional sem redução de texto e o art. 23, § 2º foi considerado inconstitucional sem condicionantes (BRASIL, 2020).

Em segundo lugar, a LC n. 178, de 13.01.2021, aperfeiçoou as sanções institucionais. Da forma como o art. 23, § 3º foi aprovado no ano 2000, a proibição de receber transferências voluntárias, obter garantias e realizar operações de crédito era dirigida ao “ente”. Assim, se um órgão descumprisse seu limite de pessoal, todo o ente federativo ficaria impossibilitado de realizar empréstimos, firmar convênios ou receber garantias. Ainda que houvesse situações desproporcionais e questionamentos judiciais, o texto legal apontava para essa possibilidade interpretativa, ainda que os demais poderes e órgãos estivessem com os gastos com pessoal adequados à LRF. A nova redação do art. 23 corrigiu a situação e determinou que somente o poder ou órgão responsável sofrerá as consequências pelo descumprimento.

Em terceiro lugar, com a LC n. 164, de 18.12.2018, as restrições dirigidas aos municípios foram atenuadas. Assim, as consequências do descumprimento dos limites não se aplicam ao ente local que sofrer considerável redução de receitas do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), de *royalties* e de participações especiais (art. 23, § 5º e § 6º, da LRF).

Note-se que parcela relevante das receitas municipais advém do FPM. Na composição do fundo, os impostos federais (como os que incidem sobre produtos industrializados e sobre a renda e proventos de qualquer natureza – art. 159, I, da CF/88) são componentes importantes. Assim, sempre que a União concede benefícios por meio de tais tributos, a renúncia das receitas impacta o FPM e, conseqüentemente, os orçamentos municipais.

A mesma situação ocorre com as receitas de *royalties* e de participações especiais. Nesse caso, por conta dos preços internacionais de insumos como ferro e petróleo, ou por questões cambiais, tais receitas apresentam variações consideráveis, comprometendo as expectativas de ingressos municipais. Assim, a redução das receitas de FPM poderá levar os municípios a descumprirem os limites de despesa com pessoal. No entanto, os municípios não serão penalizados, caso a redução da receita seja superior a 10% (dez por cento), em decorrência de ato político praticado por outro ente (benefícios tributários, art. 23, § 5º, I, da LRF) ou de flutuações do comércio internacional, em face das quais não possuem instrumentos jurídicos econômicos adequados para compensar as perdas (art. 23, § 5º, II, da LRF).

Para além das sanções institucionais, a LRF estabelece um sistema compartilhado de fiscalização, em que as informações (auditadas pelos tribunais de contas) serão objeto de atuação de diversos mecanismos e órgãos de controle, nos termos do art. 59 da LRF. Nesse sentido, são competentes para acompanhar as despesas com pessoal: os poderes legislativos, os controles

internos e os ministérios públicos. Estes últimos, além das atribuições extrajudiciais, têm a competência de propor, aos órgãos do poder judiciário, a aplicação de sanções aos responsáveis por irregularidades e ilícitos. Além disso, o controle social foi ampliado, conforme o art. 73-A, incluído pela LC n. 131, de 27.05.2009. Por este dispositivo, qualquer “cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento” da LRF.

Deve ser destacada também a inserção do Conselho de Gestão Fiscal (art. 67, da LRF) no sistema de controle previsto no *caput* do art. 59, da LRF, conforme acréscimo feito pela LC n. 178, de 13.01.2021. Tal órgão está previsto desde a aprovação da LRF. Entretanto, decorridos mais de vinte anos, nunca foi implantado. Diante de tal omissão, a competência para a padronização metodológica e para a edição de normas de consolidação é exercida pelo órgão central de contabilidade da União. No caso, a Secretaria do Tesouro Nacional, por força do art. 50, § 2º, da LRF, e do art. 163-A, da CF/88, fruto da EC n. 108, de 26.08.2020.

Por fim, quanto às sanções previstas para os agentes públicos, em razão de irregularidades quanto às despesas com pessoal, a LRF estabelece os parâmetros normativos para sanção dos gestores que violarem alguns de seus comandos. Nesse sentido, seu art. 73 indica o Código Penal (ao qual foi inserido um capítulo destinado aos “crimes contra as finanças públicas”, entre os arts. 359-A e 359-H), as leis de crimes de responsabilidade, a Lei de Improbidade Administrativa “e demais normas da legislação pertinente”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despesa com pessoal está entre os temas mais relevantes no âmbito da administração pública brasileira. Juridicamente, é despesa obrigatória, de duração continuada, propensa a crescimento inercial e é fortemente protegida por normas constitucionais, como a que assegura a irredutibilidade da remuneração dos agentes públicos, a que garante a estabilidade ou a vitaliciedade em cargos efetivos e a que proíbe a redução, por emenda parlamentar, da proposta de despesa com folha de pagamento no projeto de lei orçamentária enviado ao poder legislativo.

Tal relevância é reforçada ainda mais pelo grau de detalhamento com que a Constituição brasileira de 1988 e a legislação complementar (no caso, a Lei de Responsabilidade Fiscal) regulam o tema e no modo como seus comandos são interpretados pelos os órgãos judiciais.

No entanto, todas essas garantias podem levar ao crescimento das despesas com ativos, inativos e pensionistas e, conseqüentemente, ao descontrole das despesas, a comprometer a

saúde financeira do ente pagador. Desse modo, mostram-se igualmente necessárias regras que visam a limitar despesa com pessoal, sejam constitucionais ou a partir de leis e atos infralegais.

Tais regras e seus reflexos na responsabilização de gestores são pontos que demandam estudo e abordagem sistematizada. Com esse objetivo, o texto apresentou e detalhou o panorama normativo e jurisprudencial sobre o controle das despesa com pessoal, a partir das recentes alterações constitucionais (especialmente a Emenda Constitucional n. 109, de 15.03.2021), modificações na LRF (especificamente a Lei Complementar n. 164, de 18.12.2018, a Lei Complementar n. 173, de 27.05.2020, e a da Lei Complementar n. 178, de 13.01.2021), bem como julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal (no caso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.238/DF, julgada em definitivo em junho de 2020) e do Superior Tribunal de Justiça (no caso, a Tese Repetitiva n. 1075, fixada a partir do Recurso Especial n. 1.878.849-TO, julgado em fevereiro de 2022), os quais estabelecem e confirmam alguns dos parâmetros jurisprudenciais mais relevantes para a interpretação e aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente a confirmação de que a remuneração dos agentes públicos é irredutível e que o servidor público tem direito a progressão funcional prevista em lei, ainda que o ente pagador esteja a descumprir os limites estabelecidos de gasto com pessoal.

A partir de tal panorama normativo e judicial, é possível melhor delimitar o campo de atuação de gestores públicos e dos ordenadores de despesa, de modo a proporcionar maior segurança jurídica quanto aos atos praticados, assim como aos riscos de responsabilização, seja no âmbito do controle externo, perante os tribunais de contas, com reflexos eleitorais, seja no âmbito judicial, tanto em matéria criminal, quanto nas sanções por improbidade administrativa.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Lei de responsabilidade fiscal comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31.01.2022.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 101, de 04.05.2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 31.01.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.129 MC/GO*. AÇÃO DIRETA. CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETENCIA. [...]. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 11.09.2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751700438>. Acesso em: 31.01.2022.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Tesouro Nacional. **Boletim de finanças dos entes subnacionais 2020**. Brasília: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: [https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9\\_ID\\_PUBLICACAO:34026](https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:34026). Acesso em: 31.01.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.238/DF*. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 101/2000. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF) [...]. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 24.06.2020. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753826907> <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266534>. Acesso em: 31.10.2022.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Tesouro Nacional. **Boletim de finanças dos entes subnacionais 2021**. Brasília: Ministério da Economia, 2021. Disponível em: [https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9\\_ID\\_PUBLICACAO:41464](https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:41464). Acesso em: 31.01.2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Seção). *Recurso Especial n. 1.878.849-TO*. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. [...]. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. [...] PROGRESSÃO FUNCIONAL. [...]. Recorrente: Estado de Tocantins. Recorrido: Marcos César da Costa Almeida. Relator: Min. Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5). Julgado em 24.02.2022. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=147119611&registro\\_numero=202001407107&peticao\\_numero=&publicacao\\_data=20220315&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=147119611&registro_numero=202001407107&peticao_numero=&publicacao_data=20220315&formato=PDF). Acesso em: 16.03.2022.

CATARINO, João Ricardo. **Finanças públicas e direito financeiro**. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2014.

- CONTI, José Maurício (Coord.). **Orçamentos públicos**: a lei 4.320/64 comentada. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 129-147.
- FURTADO, J. R. Caldas. **Direito financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GIAMBIAGI, Fabio. **Tudo sobre o déficit público**: o Brasil na encruzilhada fiscal. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.
- GOMES, Emerson Cesar da Silva. **O direito dos gastos públicos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2015.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes de. **Curso de finanças públicas**: uma abordagem contemporânea. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder (Orgs.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Marcos. A política de pessoal do governo federal. In: ALMEIDA, Mansueto; SALTO, Felipe (Coord.). **Finanças públicas**: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade. Rio de Janeiro: Record, 2016. p. 53-92.
- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil**: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OLIVEIRA, Regis F.. **Curso de direito financeiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- OLIVEIRA, Weder. **Curso de responsabilidade fiscal**: direito, orçamento e finanças públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.



# REFORMA TRABALHISTA E SAÚDE DO TRABALHADOR

## IMPACTOS DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

---

**Francisco Meton Marques de Lima**

Prof. Titular da UFPI (Universidade Federal do Piauí, Teresina/PI, Brasil), Integrante do PPGD (Programa de Pós-Graduação em Direito), Desembargador do TRT da 22ª Região, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC.

**Zoraíma Meneses Brandão**

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI (Universidade Federal do Piauí, Teresina/PI, Brasil). Especialista em Trabalho e Processo do Trabalho, Analista Judiciário do TRT da 22ª Região.

---

**Resumo:** O presente artigo busca analisar, criticamente, a substancial mudança da legislação laboral, promovida pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), no que tange à primazia do negociado sobre o legislado, com a inclusão dos arts. 611-A e 611-B da CLT e suas possíveis implicações no meio ambiente do trabalho. Os referidos dispositivos visam ampliar o campo de atuação da negociação coletiva como meio de facilitar ou flexibilizar direitos e princípios de ordem social, o que pode resultar em uma iminente ofensa ao direito fundamental da saúde e segurança dos trabalhadores. Destarte, o meio ambiente do trabalho constitui parte do meio ambiente geral, merecendo proteção especial, por ser a pessoa humana a vítima principal de sua agressão. Assim, por meio de um estudo qualitativo, pretende-se verificar as principais implicações dessa nova vertente principiológica no meio ambiente laboral.

**Palavras-chave:** Reforma Trabalhista; negociação coletiva; proteção à saúde do trabalhador; meio ambiente laboral

*Submetido em 17 de novembro de 2022. Aprovado em maio de 2023.*

---

## INTRODUÇÃO

A princípio, cabe destacar que os direitos sociais, que visam garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo de seus direitos, são assim juridicamente reconhecidos como direitos humanos desde a Declaração da ONU, em 1948, junto com os direitos civis e políticos.

Tais direitos advieram de intensas lutas sociais, que tiveram início com a transformação da dinâmica das relações pessoais e laborais efetivadas pela Revolução Industrial no século XIX, na qual a mão de obra humana foi vista como mero instrumento de valor econômico, em que os trabalhadores, inclusive crianças e mulheres, se submetiam a jornadas abusivas de trabalho, em condições precárias, aumentando de forma abrupta riscos sociais, em especial aqueles que tangiam à saúde do trabalhador e que, reflexamente, afetavam toda a sociedade, com aumento da desigualdade social.

Nesse contexto, vislumbra-se a origem do Direito Coletivo do Trabalho, em que há uma percepção coletiva da relação de trabalho, na qual os trabalhadores passaram a se organizar em associações com a finalidade de ajuda mútua e legitimação dos interesses de sua classe, dando origem aos entes sindicais, buscando-se ainda a intervenção estatal como forma de se equilibrar a relação entre o capital e o trabalho.

Tal ramo do Direito atualmente é um segmento do Direito do Trabalho, mas há vastos indícios de se tornar autônomo, dada a sua importância e complexidade, sendo regido por preceitos próprios da Constituição e por diversos princípios, dentre eles o da liberdade associativa e sindical, da autonomia sindical, da equivalência entre os contratantes e um que de sobremaneira influenciará nos contornos deste estudo, relacionado aos limites da negociação coletiva.

A Constituição de 1988, baseada nos ideais de um Estado Democrático de Direito, consagrou a liberdade de associação e elevou a nível constitucional a legitimidade e o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, como instrumentos de pacificação social e de grande importância jurídica no aprimoramento das relações de trabalho (CF/88, Art. 5º, inciso XVII, e 7º, inciso XXVI).

E, no que tange especificamente às normas de segurança e saúde do trabalho, o art. 7º da Constituição Federal de 1988, no inciso XXII, dentre outros direitos que visem melhorar a condição social do trabalhador, expressamente garante a *“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”*.

Ademais, os arts. 155 a 159 da CLT balizam as obrigações jurídicas relativas à proteção do meio ambiente do trabalho, dispondo sobre a responsabilidade do empregador em manter um meio ambiente de trabalho sadio, assim entendido aquele que não é insalubre nem perigoso. Também incumbe ao empregado observar tais normas e colaborar na aplicação de tais dispositivos, sob pena de prática de ato faltoso, mas ressalta-se que a relação de trabalho envolve sempre um “desequilíbrio” entre as partes, que demanda a observância dos princípios de proteção social na prática, sobretudo do trabalhador, princípios estes que também são fontes normativas do Direito do Trabalho, como preleciona o art. 8º da CLT.

Por sua vez compete ao Estado, em especial ao órgão atualmente denominado Ministério do Trabalho e Previdência, estabelecer normas sobre saúde, segurança e higiene do Trabalho, por meio da edição das NR's (Normas Regulamentadoras) bem como controlar e coordenar a fiscalização dos estabelecimentos no quesito, nos termos do art. 155 da CLT.

Todavia, a Reforma Trabalhista, que inicialmente foi idealizada de forma tímida no governo Temer, em 2016, por meio do PL 6.787/2016, apontava apenas para a mudança de 7 (sete) artigos da CLT: 47, 47-A, 58-A, 523-A, 611-A, 634 e 775, destacando-se desde já a ideia de supremacia da negociação coletiva sobre normas legais, com a inclusão do art. 611-A.

Ocorre que, de forma articulada e sem a discussão por todas as partes interessadas, em um contexto de turbulência política, o referido PL não passou pelas comissões temáticas e foi substancialmente modificado pelo seu relator na Câmara dos Deputados, acarretando uma modificação de 97 (noventa e sete) artigos da CLT (SENADO FEDERAL, 2018).

Dentre estas, serão objeto do presente estudo, em essencial, as profundas inovações contidas nos arts. 611-A e 611-B da CLT e suas implicações no meio ambiente laboral, visto que, de acordo com o primeiro artigo citado, agora podem ser negociados com prevalência sobre a lei os seguintes temas: jornada de trabalho, banco de horas anual, intervalo intrajornada, troca de feriado; enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação da jornada em ambiente insalubre (LIMA, 2019, p. 83), normas estas de ordem ambiental e sanitária, que sempre possuíram natureza cogente.

Por sua vez, o art. 611-B da CLT estabelece direito mínimos que não podem ser excluídos ou reduzidos, reproduzindo quase literalmente aqueles previstos no art. 7º da Constituição Federal. Contudo, o parágrafo único do artigo celetista faz um giro retrógrado, ao estabelecer que *“Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”*.

Ora, tal mudança brusca de entendimento e até mesmo teratológica, que inverte uma lógica construída e estabelecida historicamente por meio de tratados internacionais, pela Constituição e pelo ordenamento jurídico legal, em detrimento de um patamar mínimo de segurança à saúde do trabalhador, evoca análise acurada sobre a questão, pois o escopo primordial da negociação coletiva concentra-se nas melhorias das condições de trabalho, de forma que, a partir de um acordo mútuo, em face das inúmeras modalidades da relação de trabalho, as partes cheguem a um consenso em que a flexibilização de direitos não signifique riscos aos trabalhadores.

Portanto, meio ambiente do trabalho na perspectiva da negociação coletiva do trabalho com sobreposição à lei constitui o objeto desta pesquisa, em que se adotou o método dedutivo e, mediante uma pesquisa bibliográfica da doutrina e jurisprudência dos temas, além da análise de dados estatísticos oficiais relacionados às matérias de higiene e segurança do trabalho, ressaltando as modificações inseridas pela Reforma Trabalhista no tocante, privilegiando uma reflexão sobre a real legitimidade daquelas que visam transformar ou minorar a tutela de direitos fundamentais trabalhistas, em especial no meio ambiente laboral.

## 1. TRABALHO DIGNO COMO INTERSEÇÃO DA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA

A ordem social possui como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social, propondo uma relação de complementariedade com a ordem econômica que, por sua vez, é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa. Ou seja, consoantes seus arts. 170 e 193, a Carta Constitucional de 1988 reconhece o trabalho como um de seus fundamentos (Art. 1º, inciso IV), não possuindo este uma importância apenas topológica no texto legal, mas refletindo uma verdadeira ideologia no sentido de que o trabalho é elemento essencial e integrante do conceito de dignidade humana, ao mesmo tempo que é o agente base da atividade econômica, em uma engrenagem que só alcança o desenvolvimento e produção de riquezas, caso seja baseada em um labor digno.

Assim, dentro da moldura institucional determinada pela Constituição, no que diz ao aspecto econômico, o modelo de capitalismo brasileiro deve reconhecer a centralidade da intervenção estatal planejada no domínio socioeconômico, inclusive a fim de disciplinar, induzir, proteger e fazer evoluir a própria economia de mercado e o pluralismo produtivo, bem como materializar os direitos fundamentais, em especial a dignidade humana, particularmente a do trabalhador, a distribuição de renda e o desenvolvimento nacional, resultando na plena

implementação dos objetivos da Ordem Social. Com efeito, o trabalhador deve ser visto pelo capital e pelo governo como elemento central da atividade econômica, quer como agente da produção, quer como agente do mercado consumidor.

Logo, a visão míope de que o enfraquecimento das normas de higiene, segurança e saúde do trabalho resulta em crescimento econômico, sem quaisquer consequências, impõe é um grande desafio para o equacionamento do problema jurídico, social e econômico que daí resultará, pois o incremento da precarização do meio ambiente laboral ocasionará o aumento do número de acidentes, bem como o ajuizamento de ações acidentárias, previdenciárias e trabalhistas, além do impacto econômico nos cofres das empresas e da Seguridade Social, em especial na concessão de benefícios previdenciários.

Ora, o meio ambiente do trabalho configura-se como um real espaço de concretização das relações laborais, em que em certas atividades há um risco inerente ou aumentado de perigo ao trabalhador, todavia, a dimensão do risco sempre está presente, ainda que em graus diferentes, pois a mudanças e a evolução da sociedade repercutem no ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador.

Os dados oficiais sobre acidentes de trabalho no Brasil são alarmantes, em especial na última década, em que se vê a intensa modificação das relações trabalhistas e da flexibilização da regulamentação normativa das matérias de higiene e segurança do trabalho.

Sobre tais dados Marques de Lima pontua:

Em 2013, segundo dados da Previdência Social, foram registrados 717.911 acidentes, superior a 2012, mas inferior a 2011 (720.629), apesar da tímida redução, o total continua acima dos 700 mil por ano, o que é alarmante. O número de trabalhadores mortos em 2012 foi de 2.731, enquanto em 2011 foram 2.938. Ficaram totalmente incapacitados para o trabalho 14.755 trabalhadores. Em 2013 foram 111.601 acidentes de trajeto e 15.226 de doença profissional. (LIMA, 2019, p.283).

Já em 2021, foram comunicados 571.8000 (quinhentos e setenta e um mil e oitocentos) acidentes e 2487 (dois mil e quatrocentos e oitenta e sete) óbitos associados ao trabalho. O número representa um aumento de 30% em relação ao ano anterior, segundo o Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho (SMARTLAB, 2022).

De forma curiosa, remetendo aos conhecidos conceitos de exploração do trabalhador e mais-valia propostos por Karl Marx, outro importante indicador das condições de saúde e segurança do trabalho no Brasil é a dinâmica pró-cíclica da acidentalidade, que aumenta juntamente com crescimento dos índices econômicos, quando o correto seria o recrudescimento do adoecimento laboral em condições em que existam uma maior oferta de capital (FILGUEIRAS,

2017, p. 21). Tal fato leva a crer que há uma retórica vazia e pouco eficaz na questão sobre promoção da saúde e segurança do trabalho, que precisa ser encarada como um meio de salvaguarda da própria economia.

Nesse viés, a negociação coletiva, como forma de autocomposição dos conflitos coletivos do trabalho, surgiu como instrumento necessário e eficaz de garantia do valor social do trabalho e da livre iniciativa, ao tornar protagonistas as partes (empregados e empregadores), representadas pelo seu respectivo ente sindical, como entes negociadores de suas próprias especificidades, com contrapartidas recíprocas. Portanto, o escopo desse moderno instrumento jurídico de resolução de conflitos não é meramente econômico, mas detém primordialmente uma função social, com fundamentos contidos na Constituição.

Contudo, após a substancial mudança da legislação laboral, promovida pela Reforma de 2017, em especial no que tange à primazia do negociado sobre o legislado, resultaram em algumas problemáticas ainda não completamente solucionadas pela doutrina e jurisprudência, tais como: A inclusão dos arts. 611-A e 611-B da CLT preserva as garantias fundamentais de um meio ambiente sadio do trabalho? É possível transacionar todo o rol disposto nos referidos dispositivos legais, em especial no que tange à jornada de trabalho e à salubridade do meio-ambiente, sem ofensa a direitos garantidos constitucionalmente, bem como aos princípios de proteção social e do trabalhador?

Portanto, resta imperioso verificar se tal mudança não irá desandar em caminhos inversos, com o aumento da precarização das relações de trabalho e criação de um ambiente de negociação marcado por pressões ou ameaças aos trabalhadores, em detrimento da saúde física e psíquica destes, já que, de acordo com o texto literal da Reforma, com a introdução do parágrafo 3º ao art. 8º da CLT, uma negociação coletiva será autêntica caso atenda somente aos requisitos dos elementos essenciais do negócio jurídico, nos termos do art. 104 do Código Civil, contrariando o aspecto plural e os princípios e regras que vigoram no Direito do Trabalho e na legislação ambiental, sob a ótica constitucional, internacional (normas da OIT), legal, bem como as fontes heterônomas do Direito, que existem independentemente do Poder Legislativo, tendo em face o princípio de proteção social, em especial da dignidade do trabalhador.

Isto porque, no que tange aos direitos sociais, deve prevalecer a aplicação da norma mais benéfica, pois, segundo esse princípio, é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios (CANOTILHO, 2002, p. 336).

Nesta senda, na esfera laboral, Delgado (2011, p. 1403) denominou tal concepção de “princípio da adequação setorial negociada”, o qual dispõe que as normas coletivas detêm amplos poderes quanto à concessão de benefícios superiores aos previstos em lei, contudo, encontra limitações, de ordens internacionais, constitucionais, legais e principiológica, quando trata do inverso, ou seja, quanto à redução ou supressão de direitos sociais.

Portanto, há diversas nuances a serem identificadas na imposição do princípio da prevalência do negociado sobre o legislado implantado pela Reforma Trabalhista, em especial no que tange a fatores de risco que ameacem a integridade biofísica e mental do trabalhador, que possam onerar os cofres públicos com o incremento de concessões de benefícios previdenciários e, o mais importante e inaceitável, consistente violação à dignidade humana do trabalhador, a ser respeitado de forma integral, eis que há direito fundamental no sentido de que o labor só é válido quando realizado em condições dignas, capaz de realizar o ser em sua totalidade.

## 2. CONCEITOS HISTÓRICOS LEGAIS E ASPECTOS ATUAIS

A origem do Direito do Trabalho remonta à Revolução Industrial, no século XIX, em que foi superada a primeira dimensão dos direitos fundamentais, cuja essência consistia unicamente na liberdade individual e independente do Estado, liberdade esta que não foi suficiente para proteger os trabalhadores dos novos moldes de produção, radicalmente liberais. Assim, o empregador livre poderia utilizar-se de todos os meios possíveis para obtenção de lucros, sem qualquer tipo de restrição, inclusive explorando o trabalho de menores, de crianças e de mulheres, por meio da imposição de jornadas de trabalho ilimitadas e exaustivas, além da submissão dos operários a condições degradantes no ambiente do trabalho.

Diante dos evidentes abusos advindos desta liberdade puramente formal, aliados à ausência de políticas públicas de proteção estatais, típica do absentéismo liberal, restou escancarada o quão assimétrica era a relação de emprego em tais condições, revelando de sobremaneira a situação de hipossuficiência dos trabalhadores que, por meio de uma incipiente consciência de classe, uniram-se na luta pela melhoria de suas condições e diminuição de riscos, na busca de um equilíbrio na relação empregado *versus* empregador, originando-se daí o direito sindical/coletivo com a posterior garantia e formalização dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos.

O romance naturalista de Émile Zola, *Germinal*, retrata com maestria a origem desse sentimento comum dos trabalhadores, ao tempo em que demonstra de uma forma singular e tocante as condições precárias dos operários, no caso, os mineiros, no início do século XXIX:

Não tinham trocado palavra; todos golpeavam sem descanso e não se ouvia mais que esses golpes irregulares, velados e como que longínquos. Os ruídos adquiriam uma sonoridade rouquenha, sem eco no ar morto. E era como se as trevas estivessem revestidas de uma cor negra ainda desconhecida, tornadas mais espessas pela poeira flutuante do carvão e grávidas de gases que eram um castigo para os olhos. As mechas das lâmpadas, sob suas proteções de tela metálica, emitiam apenas uns reflexos avermelhados. Não se distinguia coisa alguma, a fenda subia como uma enorme chaminé, achatada e oblíqua, onde a fuligem de dez invernos parecia ter acumulado uma noite profunda. Formas espectrais agitavam-se nessa fenda, clarões perdidos deixavam entrever o roliço de um quadril, um braço nodoso, uma cara terrível, deformada como para um crime. Às vezes, desprendendo-se, luziam pedaços de hulha, fimbrias e arestas, repentinamente iluminados como cristais. Depois, tudo voltava ao escuro, as picaretas davam grandes golpes surdos, não havia mais que o arquejar dos peitos, o grunhido de mal-estar e de cansaço sob o peso do ar e da chuva proveniente das infiltrações (ZOLA, 2009, p.31).

Nota-se que, desde os primórdios da origem dos direitos sociais, o cerne da questão não gira em torno unicamente sobre o aspecto das relações laborais, mas da compreensão do trabalhador de forma integral, como um ser humano dotado de valor e dignidade, em que o meio no qual está inserido influencia diretamente nessa percepção, numa via de mão dupla entre as condições externas e a identidade subjetiva do trabalhador.

Nesse sentido, Sussekind historia:

O Direito do Trabalho é um produto da reação verificada no século XIX contra a exploração dos assalariados por empresários. Estes se tornaram mais poderosos com o aumento da produção fabril, resultante da utilização dos teares mecânicos e da máquina a vapor, e com a conquista de novos mercados, facilitada pela melhoria dos meios de transporte (Revolução Industrial); aqueles se enfraqueceram na razão inversa da expansão das empresas, sobretudo porque o Estado não impunha aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho e ainda proibia a associação dos operários para defesa dos interesses comuns.

Se a Revolução Francesa (1789) foi, sob o prisma político, um marco notável na história da civilização, certo é que, ao estear todo o sistema jurídico em conceitos abstratos de igualdade e liberdade, permitiu a opressão dos mais fracos, falhando, portanto, no campo social. É que a relação contratual estipulada entre o detentor de um poder e aquele que, por suas necessidades de subsistência, fica obrigado a aceitar as regras impostas por esse poder, não constitui, senão formalmente, uma relação jurídica; na sua essência, representa um fator de dominação (SUSSEKIND, 2004, p. 536).

No âmbito internacional, a Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919 inauguraram as primeiras disposições legais que assegurariam tais direitos, influenciando de sobremaneira os ordenamentos legais ocidentais, no que tange ao aspecto social.

No Brasil, o movimento, ainda que um pouco mais tardio, seguiu os mesmos rumos, afirmando Amauri Mascaro Nascimento (2011, p.42) que o garantismo nasceu com o direito do

trabalho como exigência social de proteção dos operários de fábrica, solidificou-se com a evidência da necessidade de reconhecer cidadania ao trabalhador e ganhou moldura jurídica de destaque com a Consolidação das Leis do Trabalho (1943) e com suporte no princípio de proteção ao trabalhador, elevado a nível constitucional, com a Constituição de 1988, que inovou com a consagração de direitos sociais em seu texto, bem como da introdução de um capítulo inteiramente destinado à Ordem Social, que tem por base o primado do trabalho, em perfeita consonância com a Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano.

Assim, com a Constituição de 1988, o ordenamento jurídico pátrio consolidou o movimento que ganhou forças a partir da segunda metade do Século XX, em especial no momento pós Segunda Guerra Mundial, em que se iniciou uma nova hermenêutica constitucional, atribuindo imperatividade e supremacia às normas constitucionais fundamentais, as quais passariam a vincular os particulares, irradiando-se tais preceitos em todas as áreas do Direito e, sobretudo, no Direito do Trabalho, que tem como princípio norteador o da progressão social, o qual baliza a técnica de interpretação deste ramo especial do Direito, não vinculado a nenhum método que expurgue o conteúdo valorativo dos direitos sociais.

Russomano (1982, p. 41) explica que “A lei trabalhista aplicada ao caso deve ser interpretada e aplicada não apenas dentro dos processos estritamente jurídicos de análise dos textos, mas, também, sob a influência do chamado critério sociológico”.

Ingo Sarlet, em seu profundo estudo sobre direitos fundamentais, corrobora o entendimento de que os direitos sociais se enquadram neste rol, salientando o caráter especial de proteção destes direitos, que visam assegurar um mínimo existencial, relacionado à dignidade humana, tendo em vista a vulnerabilidade inata dos destinatários dos direitos sociais:

Ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro, percebe-se que é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade). Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores, isto sem falar na tradição da vinculação dos direitos dos trabalhadores à noção de direitos sociais, registrada em vários momentos da evolução do reconhecimento jurídico, na esfera internacional e interna, dos direitos humanos e fundamentais (SARLET, 2008, p. 163-206).

Todavia, no que tange especificamente à regulamentação das leis laboristas, pontua-se que há múltiplas fontes no aspecto, além daquelas produzidas pelo Estado, tendo em vista o caráter multifacetário das relações trabalhistas. É desse cenário que se extrai a negociação coletiva, direito fundamental do trabalhador que teve origem na luta de classe, em busca de melhores condições de trabalho, com reconhecimento na Constituição (Art. 7º, inciso XXVI).

A Convenção n. 154 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992, define negociação coletiva e fomenta o estímulo deste instrumento de autocomposição dos conflitos coletivos, como elemento primordial da liberdade de associação, visando a obtenção das melhorias das condições de vida e de trabalho dos representados pelo seu respectivo ente sindical, em busca de um equilíbrio entre os atores sociais das relações de trabalho.

Ocorre que, a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), promulgada em meio a uma grave crise política e econômica, como já visto alhures, modificou substancialmente o tratamento destinado ao direito coletivo do trabalho, enfraquecendo a atuação e a liberdade sindical e, ao mesmo tempo, privilegiando o princípio do “negociado sobre o legislado”, em oposição ao outro princípio basilar do ordenamento trabalhista, qual seja, a vedação ao retrocesso social.

Nesta senda, a citada Lei introduziu os arts. 611-A e 611-B, sendo que o primeiro relaciona quatorze itens que podem ser objeto de convenção coletiva, dentre estes, o intervalo intrajornada, o banco de horas anual, trocas de feriados, enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em ambiente insalubre, temas estes todos intrinsecamente ligados a outro direito fundamental e inegociável, qual seja, a saúde do trabalhador.

Além disso, introduziu o § 3º no art. 8º da CLT, estabelecendo que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará tão somente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, nos termos da legislação civil, num claro intuito de restringir o campo de atuação de tal Justiça Especializada, com base no princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Sobre a temática, alerta Marques de Lima:

O negociado prevalecer sobre o legislado requer atuação incondicional do sindicato profissional, por força do art. 8º, VI, da Constituição. Por outro lado, em face dos princípios protetores e da progressão social, as negociações coletivas são instrumentos de progresso e não de retrocesso social. Assim, a eventual redução de direito assegurado por lei só será lícita mediante contrapartida equivalente ou mais vantajosa para os trabalhadores (LIMA, 2019. p. 35/36).

Em Nota Técnica elaborada em maio 2017, estudos do DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) já apontavam sobre os futuros problemas decorrentes desta profunda mudança legal, acentuando o incremento de riscos para os

trabalhadores, em decorrência da inexistência de outras condições necessárias para uma legítima negociação coletiva:

Além disso, as entidades sindicais não estão em pé de igualdade entre si e isso não depende somente do seu contingente de filiados. Outros fatores diferenciam o poder de mobilização, representação e negociação dos sindicatos, entre os quais, a tradição de organização sindical (mais recente ou mais antiga), a importância do setor de atividade econômica em que estão inseridos os trabalhadores que representam e a cultura que orienta as relações com as empresas e entidades empresariais com as quais negociam (mais democrática ou mais autoritária), entre outros.

Por fim, considerar que sindicatos, por mais fortes e representativos que sejam, estão em igualdade de condições com as empresas, especialmente as de grande porte, é desconhecer a própria natureza da economia capitalista, na qual os empresários detêm boa parte da decisão sobre gerar ou não empregos, isto é, sobre realizar ou não investimentos. O poder dos sindicatos reside em negociar as condições de trabalho e eles têm pouca ou nenhuma influência sobre a decisão empresarial de criar empregos (DIEESE, 2017).

Da mesma forma, na 107ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 2018, a Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações, ao analisar a situação brasileira, registrou que um dos objetivos principais da Convenção nº 98 seria promover a negociação coletiva como instrumento que proporcione condições de trabalho mais favoráveis do que aquelas já fixadas pela lei, não deixando dúvidas sobre a relação entre o que consta da literalidade do art. 611-A da CLT à luz do disposto nas Convenções n. 98, 151 e 154 da OIT, ratificadas pelo Brasil (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2018).

A mesma comissão, que se reúne anualmente a fim de verificar o cumprimento das Convenções nos países membros, corroborou na reunião de 2021 que a norma do direito interno pode permitir que a negociação coletiva substitua a legislação estatal protetiva, desde que isso seja feito de modo restrito e sensato. Contudo, a lei que estabeleça uma regra geral para o afastamento das normas estatais tutelares, via negociação coletiva, seria incompatível com a Convenção nº 98, que trata dos princípios do direito de organização e de negociação coletiva, ratificada pelo ordenamento jurídico pátrio desde 1952 (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2021).

Nas definições de Fiorillo (1996, p.70), o meio ambiente do trabalho se constitui como aquele *“local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores”*, evocando que o meio ambiente laboral pressupõe uma ética de segurança e saúde é indispensável para que se alcance um trabalho digno e humano.

Contudo, nota-se então que as alterações legislativas objeto do presente estudo decorrem de um processo que vem se intensificando nas últimas décadas, com o avanço da globalização e

do neoliberalismo, no que tange à flexibilização e desregulamentação das relações trabalhistas, processo este denominado pelo sociólogo Ricardo Antunes de “precarização estrutural do trabalho”:

Desde 2008, com a eclosão da nova fase da crise estrutural do capital, assistimos à expansão significativa do processo de *precarização estrutural do trabalho*. Essa tendência se desenhava desde os princípios da década de 1970, quando deslanchou o processo de reestruturação produtiva do capital em escala global. Um dos elementos mais expressivos desse processo pôde ser observado com o ingresso da China no mercado capitalista, acompanhado da inserção ou da ampliação da atividade industrial em vários países do mundo asiático.

O aumento da exploração do trabalho, que passou cada vez mais a se configurar de fato como *superexploração da força de trabalho*, além de aumentar o desemprego, ampliou enormemente a informalidade, a terceirização e a flexibilização da força de trabalho, processo esse que atinge não só os países do Sul, as periferias do sistema, mas também os países centrais (ANTUNES, 2020. p. 58).

A esse respeito, acrescenta Raimundo Simão de Melo (2013. p. 73), jurista essencial na temática de meio ambiente do trabalho, que tais eventos “tem contribuído de maneira decisiva para a degradação das condições de trabalho no Brasil e em países chamados emergentes, submetidos francamente às regras internacionais, com aumento dos acidentes e doenças do trabalho”. O referido jurista, muito antes da edição da Reforma Trabalhista, já relatava que dentre as causas da inadequação do meio ambiente do trabalho e do alto índice da ocorrência de acidentes no país, destacam-se a falta de investimentos pelas empresas na prevenção de acidentes, além da própria cultura de não priorizar a saúde e segurança do trabalhador; a ineficiência de políticas públicas que assegurem a efetiva fiscalização e controle dos ambientes de trabalho e; por derradeiro e essencial; a precariedade das condições de trabalho por conta de práticas equivocadas de flexibilização do Direito do Trabalho.

No que tange à legislação em sentido estrito, resta indene de dúvidas que o direito à vida é o primordial direito fundamental sacralizado em declarações internacionais e na Constituição Federal, que disponibiliza, no campo normativo, uma minuciosa rede de proteção social no que tange aos direitos dos trabalhadores, aqui incluídos o meio ambiente do trabalho e a saúde do obreiro, em comunicação com a Ordem Econômica, que tem por fundamento a valorização do trabalho humano.

Nesta senda, o art. 6º da Constituição elenca os direitos sociais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados), estabelecendo um patamar mínimo de proteção vital dos direitos denominados de segunda geração, essenciais para a existência de um Estado Social, que viabilize a proteção dos mais vulneráveis, sobretudo em um país em que

a desigualdade social é abissal, eis que um recentíssimo estudo lançado mundialmente pelo *World Inequality Lab*, em 2021, consistente no Relatório sobre as Desigualdades Mundiais, o qual analisou o impactos sociais da pandemia Covid-19, concluiu que houve um significativo aumento da fatia dos bilionários no total da riqueza global, se referindo ao Brasil como "um dos países mais desiguais do mundo" e acrescentando que a discrepância de renda no país "é marcada por níveis extremos há muito tempo" (FERNANDES, 2021).

A saúde, assim, se apresenta como um direito social, de acesso universal e igualitário, ao passo que o art. 225 da Constituição estabelece que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, 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. Logo, de forma implícita, essa proteção se estende ao meio ambiente do trabalho, como instrumento de plenitude da saúde do trabalhador, que visa garantir um trabalho digno, em perfeita consonância com os fundamentos e objetivos das ordens econômica e social.

Em termos de legislação ambiental, o Brasil apresenta um vasto acervo jurídico regulamentando a matéria, destacando-se a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que no inciso I do seu art. 3º dispõe que o meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordens física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

E, coadunando com o conceito de Fiorillo, Padilha (2002, p. 51) define o meio ambiente laboral como um espaço em que as pessoas, de forma remunerada ou não, desempenham suas atividades laborais, apresentando a autora um conceito além, no sentido de que o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado se trata de um direito iminentemente metaindividual com fundamento no artigo 225 da Constituição Federal, que abrange e resguarda a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores.

Sob um olhar analítico e preciso sobre o meio ambiente, especificamente no âmbito trabalhista, Marques de Lima assim preleciona:

E como um microsistema do sistema geral, deve ser protegido, até porque não se terá um todo equilibrado sem que as partes o sejam. Em termos mais restritos, trata-se de humanização do trabalho. Com efeito, o trabalhador consome um terço da sua vida no ambiente do trabalho. E um ambiente sadio integra os direitos fundamentais de todos os seres humanos (LIMA, 2019. p. 277/278).

Sobre tal legislação ambiental, destaca-se que ela não deriva unicamente do Poder Legislativo, mas também do Poder Executivo, que, por meio da delegação, institui as Normas

Regulamentadoras, constituindo-se a Portaria 3.214/78 o verdadeiro instrumento básico que regulamenta a saúde e segurança do trabalho, por delegação da CLT, almejando extirpar ou minorar os riscos ambientais e, assim, proteger a saúde dos trabalhadores, de forma integral. Com efeito, os riscos ambientais são como os acidentes de trânsito, quase sempre ocorrem os sinistros por desrespeito às normas de segurança.

### 3. IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NO MEIO AMBIENTE LABORAL

Em que pese essa vasta rede legal de proteção, com um minucioso e complexo arcabouço legislativo sobre Direito Ambiental e Normas de Segurança e Saúde do Trabalho, o Brasil continua a registrar números alarmantes de acidentes de trabalho, destacando Sebastião Geraldo de Oliveira que é provável existir ainda uma grande subnotificação, alvo de preocupação das entidades de classe:

As entidades sindicais ainda demonstram desconfiança quanto à veracidade das estatísticas oficiais. Alegam que estão encontrando dificuldades para o reconhecimento das doenças ocupacionais pelos empregadores e junto à perícia médica do INSS, tanto que é considerável o aumento das demandas judiciais buscando o enquadramento da patologia como doença ocupacional. Mesmo assim, o número das doenças ocupacionais reconhecidas aumentou bastante nos últimos anos, especialmente em razão do aperfeiçoamento da análise dos fatores causais da relação trabalho-doença, já que os médicos do trabalho estão mais atentos para visualizar o paciente no seu ambiente laboral e a legislação ampliou consideravelmente as hipóteses das doenças ocupacionais (OLIVEIRA, 2021. p. 35).

Ora, a Reforma Trabalhista liberou o empregador a imprimir jornada de 12 horas em ambiente insalubre, sem autorização pública nem sindical (art. 60, parágrafo único) e, ainda, permitiu aos sindicatos ajustarem essa exposição para qualquer outro tipo de jornada, horas extras ou compensação (art. 611-A, XIII), com base no princípio do negociado sobre o legislado, em completa desmoralização ao previsto no art. 60 e às citadas normas constitucionais que regem a matéria.

Assim, ao desvincular a jornada de trabalho do meio ambiente laboral, a lei possibilita que sejam transacionadas jornadas exaustivas, com intervalos insuficientes para o descanso do trabalhador, que foi criado justamente em respeito ao funcionamento orgânico do indivíduo.

Vale frisar que a jornada em si não se trata de tema que não pode ser transacionado, pois há muito tempo já se faziam negociações coletivas de jornadas singulares de categorias específicas, como a de 12x36, inserida na lei apenas com a Reforma Trabalhista, mas sim, de

dimensionar os impactos em outro direito humano fundamental e de ordem pública, no âmbito individual (saúde dos trabalhadores), bem como no âmbito econômico, em relação aos cofres da seguridade social, que, por certo, terá efeitos sobre toda a sociedade.

Isto porque, já existem inúmeras evidências científicas de que a ocorrência dos infortúnios laborais se intensifica quando há extrapolação exaustiva da jornada, ocasionando fadiga e doenças psíquicas, como depressão e síndrome de Burnout, relacionada ao esgotamento profissional. De uma simples análise dos dados no sítio eletrônico do Governo Federal, na parte destinada à Saúde e Segurança do Trabalho, constata-se que no ano de 2020, com CAT (Comunicação de Acidente do Trabalho) registrada, foram contabilizados 403.694 (quatrocentos e três mil e seiscentos e noventa e quatro) acidentes de trabalho, estatística que revela um alarmante problema de saúde pública, social e econômica (GOVERNO FEDERAL, 2022). Isso, em um ano em que toda a atividade econômica foi desacelerada, em virtude da pandemia COVID- 19.

E, ao delegar às partes o poder de enquadramento do ambiente insalubre, sem que haja observâncias às normas legais que regem as matérias, em especial das Normas Regulamentadoras editadas pelo Ministério do Trabalho e Previdência, abre-se espaço para uma piora do quadro atual e para uma iminente ofensa de direitos constitucionalmente protegidos, principalmente a saúde e a adequada remuneração em razão do exercício de labor insalubre.

Em 18.07.2022, o Ministério Público do Trabalho emitiu um alerta sobre tal questão, com edição da Orientação CODEMAT (Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho) de nº 30, indicando que a intensa flexibilização das Normas Regulamentadoras promovidas pelo Governo Federal nos últimos anos, em especial após a publicação do Decreto 9.944, de 30 de julho de 2019, " podem ensejar vulneração ao princípio constitucional do risco ocupacional regressivo mínimo, bem como retrocesso social na área de saúde e segurança do Trabalho." Tal recomendação, portanto, visa uniformizar a atuação dos Procuradores do Trabalho em todo o país, como órgão guardião da saúde do trabalhador, de forma a minimizar a vulnerabilidade do hipossuficiente na relação de trabalho (CODEMAT, 2022).

Há de se lidar ainda com questão das relações informais, que resulta desse constante movimento de flexibilização das relações laboristas, tornando os trabalhadores em tais condições ainda mais vulneráveis na questão atinente ao tema de saúde e segurança, porquanto invisíveis ao sistema de proteção legal, já tão ameaçado pela prática da redução de direitos, destacando-se o princípio do negociado sobre o legislado como prejudicial neste particular. Como forma de dimensionar tal panorama, um estudo do IPEA, de março do corrente ano, demonstrou que no último trimestre móvel, finalizado em janeiro de 2022, consoante a base de dados do IBGE na

PNAD Contínua, enquanto o montante de trabalhadores com carteira assinada avançou 9,3%, na comparação interanual, os contingentes de ocupados sem carteira e por conta própria se expandiram 19,8% e 10,3%, em um movimento muito mais exponencial que o crescimento formal de emprego (IPEA, 2022).

Lado outro, estudos já apontam que somente a flexibilização das leis e normas trabalhistas, sem o complemento com outras políticas públicas e econômicas de fomento ao trabalho e aquecimento da atividade econômica, não é suficiente para o aquecimento do mercado de trabalho, podendo, ao contrário, funcionar como potencial instrumento de ofensa ao trabalhador e, em consequência, nociva para toda a sociedade.

Neste compasso, em maio do corrente ano, o Centro de Pesquisa em Macroeconomia de desigualdades da USP (Universidade de São Paulo), publicou um estudo que traz dados empíricos sobre o efeito da criação de empregos com a promulgação da Reforma Trabalhista, não se constatando o tão esperado incremento propalado, objetivo político do Governo Temer, à época da promulgação da Lei 13.467/17, ressaltando os seguintes resultados constatados na pesquisa:

A comparação para o período após a reforma sugere que as quedas observadas para a taxa de desemprego no Brasil entre 2018 e 2019 foram relativamente maiores do que o previsto pelo grupo de controle, ao passo que o seu aumento em 2020 ocorreu em linha com o do grupo sintético, conforme resumido na Tabela 4. Isto indicaria que, entre 2017 e 2020, o aumento da taxa de desemprego do Brasil teria sido cerca de 1% superior em comparação à representação sintética para o Brasil no caso de não ter havido a reforma trabalhista.

(...)Visto que entre 2018 e 2020 os testes de placebo apresentaram diferenças de variação entre os países e os grupos sintéticos mais expressivas do que o observado para o Brasil, os resultados obtidos não nos permitem afirmar que a reforma trabalhista de 2017 teve impacto significativo para o menor (ou maior) crescimento da taxa de desemprego no Brasil, pois desvios relativamente maiores puderam ser obtidos aleatoriamente considerando os países do grupo sintético para o Brasil. Este resultado está em linha com parte da literatura empírica, que diverge sobre o impacto de reformas trabalhistas para a criação de emprego, embora com mais evidências contrárias a tais medidas, sobretudo em períodos de contração econômica (SERRA; BOTTEGA; SANCHES, 2022).

Isto posto, dentre um dos vários aspectos polêmicos que a Reforma Trabalhista trouxe à tona, acerca das matérias constantes do art. 611-A da CLT, os atores sociais, no exercício da autonomia privada coletiva, podem fixar condições de trabalho em padrões inferiores àqueles fixados pela lei, fazendo com que o problema em relação à saúde do trabalhador assumira uma proporção enorme, tanto do ponto de vista individual, quanto no que tange ao aspecto social e econômico, principalmente quando há ameaça a um princípio basilar que permeia a ordem social prevista pelo Constituinte de 1988, qual seja o da progressão social.

Todavia, por derradeiro, frise-se que o STF, em recentíssimo julgado de junho do ano corrente, no ARE 1121633/GO (Tema 1046), fixou a tese de que é constitucional a prevalência do negociado sobre o legislado, ainda que inexistam vantagens compensatórias ao direito flexibilizado na negociação, desde que assegurado o patamar mínimo civilizatório, ou seja, os direitos considerados constitucionalmente indisponíveis, tais como ora analisados, em especial os do art. 7º da Constituição Federal, sobressaindo-se assim a importância do intérprete do Direito quanto ao tema, em face da hermenêutica especial que rege a matéria, por tratar de direito primordial do ser humano, o direito à vida.

Desta feita, há diversas peculiaridades sobre a temática em voga, a serem delineadas a partir da premissa de que a autonomia privada coletiva das partes encontra limites exatamente nas normas de ordem pública, de caráter cogente, bem como dos princípios e múltiplas fontes que regem o Direito do Trabalho, em um trabalho interpretativo científico de cada dispositivo alterado à luz do texto constitucional, como forma de se buscar o seu verdadeiro sentido e alcance, destacando que tal objetivo não se fundamenta em interesses puramente econômicos, mas, primordialmente, na preservação do bem maior do trabalhador, sua vida, por meio de um trabalho que dignifique a sua vida, em vez de liquidá-la.

## CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista de 2017, além de estabelecer uma série de medidas que enfraquecem a atuação sindical (extinção da contribuição sindical obrigatória, restrição dos poderes homologatórios dos sindicatos etc.), propôs uma mudança substancial em tal sentido principiológico, ao privilegiar o “negociado sobre o legislado”, debate que já se prolonga há algum tempo, sob o discurso de ser uma via para o aumento e manutenção dos postos de emprego, com o conseqüente crescimento da economia.

Na atual conjuntura, política e econômica, em que a globalização mundial avançou, junto com o neoliberalismo, em detrimento do conceito de Bem-Estar Social, diante ainda de uma pandemia que acentuou ainda mais as desigualdades sociais, com o conseqüente aumento do desemprego e intensificação do processo de flexibilização e desregulamentação das relações de trabalho, além do aumento da informalidade, enfrentar o tema exige uma análise multifatorial sobre a questão, na qual, do ponto de vista jurídico, o presente estudo assume uma função social e crítica do Direito.

Destarte, a autonomia negocial coletiva não fica imune ao filtro constitucional e convencional, particularmente quando tenta reduzir direitos fundamentais dos trabalhadores, a quem, em princípio, deve proteger.

Assim, a negociação deve ser bastante comedida quando tratar dos temas e exposição do trabalhador a condições e agentes insalubres, bem como quanto em relação aos parâmetros relativos à jornada de trabalho, sob pena de tornar sua validade vulnerável.

Desta feita, torna-se necessário vislumbrar um ponto de equilíbrio entre a proteção do trabalhador e sua integridade físico e psíquica, garantida por normas de ordem pública e com fundamento no princípio da dignidade humana, com a manutenção das atividades empresariais e econômicas, via negociação coletiva, de modo a resguardar um meio ambiente laboral sadio, em consonância com as normas internacionais, constitucionais e legais que regem a temática, além do arcabouço principiológico que garante a dignidade humana e, por via de consequência a do trabalhador.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 2 ed. – São Paulo: Boitempo, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CAMPOS, André Gambier. *Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo?* In: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2262.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf). Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002,

CODEMAT. *Orientação CODEMAT nº 30, de 18 de julho de 2022*. Brasília DF: Ministério do Público do Trabalho, 2022. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/areas-de-atuacao/codemat>. Acesso em: 18 jul. 2022.

DE OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maiade; DUTRA, Debora. Análise de constitucionalidade do primado do “negociado sobre o legislado” no âmbito da reforma trabalhista. *Ponto de vista jurídico*, p. 122-141, 2020.

DIEESE. *A Reforma Trabalhista e os impactos para as relações de trabalho no Brasil*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.html>. Acesso em 24 de abril de 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito Processual Ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: del Rey, 1996.

GOVERNO FEDERAL, 2022. *Quantidade de acidentes do trabalho, por situação do registro e motivo, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), no Brasil - 2018/2020*. Disponível em: [https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho/arquivos/AEAT\\_2020/secao-i-estatisticas-de-acidentes-do-trabalho/subsecao-a-acidentes-do-trabalho/capitulo-1-brasil-e-grandes-regioes/1-1-quantidade-de-acidentes-do-trabalho-por-situacao-do-registro-e-motivo-segundo-a-classificacao-nacional-de-atividades-economicas-cnae-no-brasil-2018-2019](https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho/arquivos/AEAT_2020/secao-i-estatisticas-de-acidentes-do-trabalho/subsecao-a-acidentes-do-trabalho/capitulo-1-brasil-e-grandes-regioes/1-1-quantidade-de-acidentes-do-trabalho-por-situacao-do-registro-e-motivo-segundo-a-classificacao-nacional-de-atividades-economicas-cnae-no-brasil-2018-2019). Acesso em: 17 abr. 2022.

Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho. Disponível em: <  
<https://observatoriosst.mpt.mp.br>> Acesso em: 20 jun. 2018.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Application of international labour standards 2018: report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*. Genebra: ILO, 2018. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_617065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf). p. 60. Acesso em 27/04/2022

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Application of International Labour Standards 2021: addendum to the 2020 report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*. Genebra: ILO, 2021. Disponível em: [https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/109/reports/reports-to-the-conference/WCMS\\_771042/lang-en/index.htm.p.109-11](https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/109/reports/reports-to-the-conference/WCMS_771042/lang-en/index.htm.p.109-11). Acesso em 27/04/2022

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Desempenho recente do mercado de trabalho e perspectiva*. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220328\\_cc\\_54\\_nota\\_32\\_mercado\\_de\\_trabalho.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220328_cc_54_nota_32_mercado_de_trabalho.pdf). Acesso em: 10 mai. 2022.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles R. M. de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2019.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os Fundamentos do Direito Coletivo pós-reforma trabalhista*. 1. ed. Teresina: Edufpi, 2019. v. 1.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2019.

- MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 5. ed. — São Paulo : LTr, 2013.
- FERNANDES, Daniela. 4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório. Paris, *BBC News Brasil*, 07 dez. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>. Acesso em: 04 mai. 2022.
- FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Saúde e Segurança do trabalho no Brasil*.- Brasília: Gráfica Movimento, 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional* – 12ed. rev. ampl e atual- Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. São Paulo: LTr, 1982.
- SANTONE, Paula Corina. *Negociado sobre o legislado: segurança jurídica a milhares de trabalhadores e empregadores*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/367456/negociado-sobre-o-legislado-seguranca-juridica-a-trabalhadores>. Acesso em 15 de julho de 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre, Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em < <http://www.udf.edu.br/wpcontent/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2022.
- SERRA, Gustavo Pereira; BOTTEGA, Ana; SANCHES, Marina da Silva. *A reforma trabalhista de 2017 teve efeito sobre a taxa de desemprego no Brasil? Uma análise dos primeiros anos de vigência da Lei 13.467/2017*. (Nota de Política Econômica nº 021). MADE/USP, 2022.
- SMARTLAB, *Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho*. Brasília DF: Ministério do Público do Trabalho, 2022. Disponível em: <https://smartlabbr.org/sst>. Acesso em: 15 jul. 2022.
- SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.
- ZOLA, Émile. *Germinal*. São Paulo-SP: Martin Claret, 2009.

# A PENSÃO POR MORTE DO MENOR SOB GUARDA E O EMBATE ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

---

**Brunna Barros Carvalho Martins**

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí; Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Piauí; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal do Piauí.

**Raul Lopes de Araújo Neto**

Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado da Universidade Federal do Piauí. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Brasília, Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco.

---

**Resumo:** Objetiva-se com o presente artigo analisar a situação da pensão por morte concedida ao menor sob guarda, benefício que vinha sendo assegurado desde 1966 e que foi excluído do rol de benefícios da previdência com a publicação da Lei nº 9.528 em 1997. Em meio a polêmicas sobre a aplicação da referida legislação, foi promulgada a EC 103/2019, ratificando a exclusão do menor sob guarda. Posteriormente à Emenda, o Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs 4878 e 5083 para conceder interpretação conforme ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 a fim de retomar a pensão por morte ao menor sob guarda. Hoje, vigora uma espécie de “transição”, com menores protegidos e outros não, a depender da data do óbito, de forma a acomodar o previsto na EC 103/2019 e a decisão das ADIs 4878 e 5083. Conclui-se que, diante do embate entre os Poderes Legislativo e Judiciário, não há segurança jurídica para que se possa afirmar o que deve esperar o menor sob guarda no que concerne aos benefícios previdenciários.

**Palavras-chave:** Pensão por morte. Menor sob guarda. Supremo Tribunal Federal. Interpretação conforme. Emenda Constitucional 103/2019.

*Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, vigora no Instituto Nacional de Seguridade Social, a Portaria 1080, de 06 de dezembro de 2022, que equipara a filho o menor sob guarda que comprove dependência econômica, desde que o óbito do segurado tenha ocorrido entre 14 de outubro de 1996 e 13 de novembro de 2019. Nos óbitos ocorridos a partir de então, o menor sob guarda encontra-se excluído do rol de beneficiários. Esse tratamento diferenciado decorre de mais um capítulo do embate entre os Poderes Legislativo e Judiciário que há muito, e com frequência cada vez maior, se observa no Brasil.

O Judiciário tem assumido um protagonismo crescente em todo o mundo, e não é diferente no Brasil, com o Supremo Tribunal Federal como personagem central da política brasileira. É fato, no entanto, que este papel de destaque, que vem sendo bastante questionado, tem gerado muitas polêmicas.

No presente estudo, far-se-á um breve histórico do instituto da pensão por morte no Brasil, com destaque para o menor sob guarda e a proteção garantida a todos os menores na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Estudar-se-á a decisão do Supremo que, analisando as ADIs 4.878 e 5.083 reinterpreto a Lei nº 8.213/1991 para permitir a concessão de pensão por morte a menor sob guarda, apesar da Emenda Constitucional 103/2019 tê-lo excluído do rol dos dependentes. Por fim, analisar-se-á o instituto do *judicial review* a fim de tentar entender o papel dos Poderes Legislativo e Judiciário no disciplinamento da concessão de pensão ao menor sob guarda.

O menor sob guarda, a despeito da proteção garantida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, está permanentemente desprotegido, em razão da Emenda Constitucional? O que ele pode esperar?

## 2. O MENOR SOB GUARDA E A PENSÃO POR MORTE

A pensão por morte foi introduzida no Brasil por meio da Lei Eloy Chaves - Decreto Legislativo nº 4.682/1923, que é considerado um dos marcos da previdência social no Brasil. Sendo um dos benefícios mais antigos do nosso ordenamento, tinha por objetivo garantir subsistência aos herdeiros dos ferroviários que falecessem após dez anos de serviço ou por acidente de trabalho. (AVIAN, 2014)

Em seu início, tinha um caráter mais securitário. Por outro lado, o benefício era devido ao cônjuge sobrevivente inválido, aos filhos, pais e irmãs enquanto solteiras. Percebe-se, assim, a clara intenção de proteger as pessoas que poderiam ficar em situação de vulnerabilidade em decorrência da morte do segurado. Não havia qualquer previsão para pagamento de pensão a enteado, menor sob tutela ou sob guarda.

Por sua vez, o Decreto nº 26.778/49 estendeu o benefício aos filhos e irmãos -maiores de 18 anos, se inválidos. Ademais, trouxe, pela primeira vez, a disciplina de que a pensão ao cônjuge e aos filhos era presumida e a dos demais deveria ser comprovada.

Em 1960 foi promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS (3.807/60) que manteve o rol de dependentes. Por sua vez, o Decreto Lei nº 66 de 1966 alterou a redação daquela lei para equiparar aos filhos "o enteado; o menor que, por determinação judicial se ache sob guarda e o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação".

Posteriormente, a Constituição de 1988 estabeleceu, entre seus direitos sociais, a proteção à infância bem como, seu artigo 227 . passou a garantir, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e dos adolescentes. O texto constitucional, portanto, superando a doutrina anterior da proteção ao "menor em situação irregular", representou um verdadeiro marco de proteção integral à infância e à adolescência no Brasil, o que abrangeria, conseqüentemente, o menor sob guarda.

Em 1991 foi promulgada a Lei nº 8.213/1991 que instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social. Referido diploma legal manteve a disciplina do Decreto Lei nº 66 ao menor sob guarda no que concerne à pensão por morte: tem direito à pensão por morte o menor sob guarda por determinação judicial e mediante declaração do segurado. No entanto, no ano de 1997, o Plano de Benefícios da Previdência Social foi alterado por meio da Lei nº 9.528/97 para, dentre outras medidas, excluir o menor sob guarda da condição de beneficiário.

Como consequência, a Procuradoria Geral da República, no ano de 2012, ingressou com a ADI 4.878 em face da referida mudança legislativa por entender que ela violaria o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no art. 227, § 3º da Constituição da República. Por outro lado, no ano de 2014, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil interpôs a ADI 5.083 alegando violação ao princípio da proibição do retrocesso social, ao princípio da isonomia e ao princípio da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes.

Antes do julgamento das referidas ADIs, foi promulgada a EC 103/2019 que alterou o sistema de previdência social e equiparou ao “filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”. Observa-se, portanto, a vontade constitucional de manter o menor sob guarda fora do rol de dependentes da Previdência Social.

No entanto, em junho de 2021, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente as ações, de modo a conferir “interpretação conforme ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o ‘menor sob guarda’”. Desde então, alguns menores possuem direito à percepção do benefício, estando os demais desassistidos. Pode-se dizer que esses menores continuarão sem direito ao benefício de pensão de morte em razão da EC 103/2019 ou que todos venham a ser posteriormente beneficiados, em razão da vontade demonstrada pelo STF?

### 3. O JULGAMENTO DAS ADIs 4.878 e 5.083

No ano de 2012, ao interpor a ADI 4.878, a Procuradoria-Geral da República alegou que a alteração promovida pela Lei nº 9.528/97 violava o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, bem como o art. 227, § 3º, da Constituição Federal que determina que o legislador assegure aos menores os direitos previdenciários.

Ademais, asseverou a PGR que essa mudança legislativa não revogou o art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - que é uma norma especial de proteção da criança e do adolescente e que confere ao menor sob guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários. Requereu, assim, interpretação conforme ao art. 16, § 2º da Lei 8.213, para incluir as crianças e os adolescentes sob guarda dentre os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Por outro lado, na ADI 5.083, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2014, alegou-se a inconstitucionalidade da revogação parcial do art. 16, § 2º da Lei nº 8.213/91 em razão da violação ao princípio do retrocesso social, ao princípio da isonomia e ao princípio da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes. Requereu a OAB a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 9.528/97 que alterou a Lei nº 8.213/91 ou, subsidiariamente, interpretação conforme.

Somente no ano de 2021, dois anos após a promulgação da EC 103/2019, as ações, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foram reunidas e, por maioria de votos, julgadas

parcialmente procedentes, “de modo a conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o menor sob guarda”. Restaram vencidos o próprio relator e os ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Nunes Marques e Luiz Fux. (BRASIL, 2021, p. 03)

O ministro relator, após discorrer sobre a proteção conferida ao menor na Constituição e na legislação infraconstitucional, argumenta que a análise do processo legislativo da Lei nº 9.528/97 deixa clara a intenção do legislador de excluir o menor sob guarda dos beneficiários da Previdência Social. Acrescenta que a alteração constitucional decorrente da Emenda 103/2019 reafirma essa vontade.

Adicionalmente à intenção do legislador de diminuir os custos com a Previdência, em sua relatoria, o ministro Gilmar Mendes acrescenta que um dos objetivos do Poder Legislativo foi combater o “desvio de finalidade identificado nos casos em que avós recebiam guarda dos netos, que continuavam submetidos ao poder familiar dos genitores, com o objetivo de deixar o neto como beneficiário da pensão no caso da sua morte.” (BRASIL, 2021, p. 05)

Ademais, asseverou o relator, que o Supremo já tem posição firmada de que não há direito adquirido a determinado regime jurídico. Assim, para o Ministro, é claramente possível alterar a legislação previdenciária para excluir o menor sob guarda do rol de beneficiários. Registrou, ainda, que o art. 33, §3º da Lei 8.069/90, na parte que dispõe que “a guarda torna o menor dependente, para todos os fins, inclusive previdenciário, não foi recepcionado pelo EC 103 de 2019”. (BRASIL, 2021, p. 15). Concluiu que “a exclusão do menor sob guarda da condição de dependente para fins de pensão por morte decorre, agora, de norma constitucional, estando superada a discussão sobre a prevalência do ECA ou da lei previdenciária”. (BRASIL, 2021, p. 16)

O ministro Edson Fachin apresentou voto divergente. Asseverou que, a despeito do menor sob guarda ter sido excluído do rol dos dependentes na legislação previdenciária, ainda figura no Estatuto da Criança e do Adolescente como dependente para todos os fins, inclusive previdenciários. Adicionalmente, argumentou que a Constituição Federal, complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente implementou a doutrina da proteção integral, transformando crianças e adolescentes em sujeitos de direito e consagrando a eles proteção absoluta.

Quanto ao argumento de que a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes baseava-se na afirmação de que haveria muitas fraudes no processo de guarda apenas para fins de concessão do direito à pensão, o Min. Fachin também rechaçou-o. Afirmou que se pauta, erroneamente, na presunção de má-fé e que as pretensas fraudes não podem ser justificativa

para impedir o acesso de crianças e adolescentes a seus direitos previdenciários, garantidos tanto pelo art. 227 da Constituição Federal quanto pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, Edson Fachin asseverou que haveria meios de combater a fraude sem a privação de direitos. Argumentou que a guarda é deferida mediante processo judicial, seja na hipótese do §5º do art. 1584 do Código Civil<sup>1</sup>, seja nas hipóteses do art. 33 do ECA, sempre mediante formalidades legais e intervenção obrigatória do Ministério Público. Dispôs, ainda, que a interpretação que assegura o direito à proteção previdenciária ao menor sob guarda deve prevalecer não apenas em razão do que preconiza o ECA, mas porque aos direitos fundamentais deve-se aplicar o princípio da máxima eficácia, a fim de assegurar o compromisso do art. 227, §3º, VI da Constituição<sup>2</sup>.

Por outro lado, no que concerne ao artigo 23 da Emenda Constitucional 103/2019, o Min Fachin afirmou que as ADIs 5.083 e 4.878 não o questionaram, razão pela qual, em nome do princípio da demanda, deixou de verificar sua constitucionalidade.

A Ministra Rosa Weber, também em voto divergente, acrescentou considerar inconstitucional a alteração, especialmente em razão da proibição do retrocesso quanto aos direitos sociais e do seu desenvolvimento progressivo, como previsto no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ademais, afirmou não prevalecer a redação da Emenda Constitucional 103/2019, uma vez que se faz necessário prestigiar o arcabouço "normativo elaborado a favor da criança e do adolescente em razão do dever do poder público e da sociedade de protegê-los nos termos do art. 227, caput, e § 3º, inciso II, em observância à máxima proteção, à especial prioridade e à dignidade da pessoa humana". (BRASIL, 2021, p. 27-28)

---

<sup>1</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [\(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#)

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

<sup>2</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [\(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010\)](#)

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

#### 4. A REVISÃO JUDICIAL E O CASO DA PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA

O protagonismo judicial vem se destacando em todo o mundo e não é diferente no Brasil. No entanto, há que se questionar se o Judiciário vem extrapolando a imagem de mero aplicador da lei e se apresentando como um ator que realmente movimenta as bases políticas do país.

Esse destaque do judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que se solidificou com a Constituição de 1988, concedendo ao Judiciário amplo poder de intervir no processo político, teve como modelo o utilizado na Alemanha após a Segunda Grande Guerra. (MOLLERS, 2013, p. 36)

Segundo Mollers, não só o Brasil, mas outras sociedades pós - totalitárias como Itália, Espanha, Hungria, África do Sul, Polônia, seguindo o exemplo alemão e por não confiarem em seu processo democrático, estabeleceram limites legais substanciais ao processo político, fornecendo muitos meios de intervenção ao Judiciário.

Rawls e Dworkin, por outro lado, também são grandes defensores da revisão judicial, fundada no posicionamento central do Poder Judiciário. Rawls preocupa-se com a realização da justiça, entendendo que essa não pode ser reduzida à vontade da maioria em detrimento da minoria. Para ele, a justiça é tida como equidade e deriva de um acordo político de vontades “bem-informado, racional e voluntário” e esse acordo é o que torna possível um regime constitucional (RAWLS, 2000, p. 52).

Dworkin, por sua vez, tenta promover a reunião entre direito e moral. Para ele, tudo aquilo que não tiver uma solução normativa binária (*hard cases*)<sup>1</sup>, será concretizado por meio de princípios que seriam interpretados por uma leitura moral do direito, plasmada na Constituição. Assim, Dworkin assevera que a função da Suprema Corte é garantir a justiça, mesmo que de maneira contrária à maioria, funcionando como um fórum de princípios. Essa Corte, portanto, exerceria um papel contra majoritário a fim de preservar os valores caros à comunidade política e social. (DWORKIN, 2001)

Ackerman, também defensor da revisão judicial, assevera que “sem a instituição da *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente” (ACKERMAN, 2009, p. 41). Para o autor, normas jurídicas são legítimas por realizarem o projeto político de efetivação dos direitos

---

<sup>1</sup> Hard cases para Dworkin são os casos difíceis que devem ser resolvidos não com normas estritamente legais, mas com princípios e diretrizes políticas. Princípio seria um padrão e diretriz política um objetivo a ser alcançado. Segundo um prisma, princípios são normas legais e, por isso, vinculantes. Por outro prisma, são estratégias quando os juízes precisam ir além das regras legais.

fundamentais. Assim, as restrições ao poder político, pelo direito, objetivam possibilitar o pleno desenvolvimento da sociedade civil e da opinião pública.

Ocorre que a extrapolação do mecanismo de revisão judicial tem ocasionado uma espécie de supremacia do judiciário, que, em muitos casos, vem gerando perplexidade e questionamentos em todo o mundo e muitas são as vozes que se insurgem contra ela por entender caber ao povo ou ao parlamento a interpretação das constituições.

Waldron (2006, p. 1396), questionando esse excesso de poder do Judiciário, afirma que as falhas nas decisões dos parlamentos podem levar a uma tirania da maioria, mas o *judicial review* seria apenas uma nova rodada de decisão também com base na maioria - contra majoritária, eis que contrária à maioria do parlamento, muitas vezes também tirânica e realizada por membros sem legitimidade eleitoral.

Assevera Waldron, ainda, que o Legislativo, sendo uma assembleia maior, tem menos chance de errar que um pequeno grupo de juízes. Assegura que a preferência pela maioria do Judiciário em detrimento do legislativo demonstra uma desconfiança com a democracia. Argumenta, por fim, contra o *judicial review*, que é possível controlar o legislativo por meio de eleições periódicas, o que não ocorre com o Judiciário.

Observa-se que, mesmo aqueles autores contrários ao *judicial review*, na verdade tentam afastar a superioridade do Judiciário e não, de fato, sua capacidade ou competência para revisar atos dos demais poderes. A questão que se impõe, portanto, é saber se o *judicial review* leva necessariamente a uma supremacia judicial.

A supremacia judicial pressupõe que os juízes detenham a última palavra em interpretação constitucional, assim como o poder de determinar o significado da constituição. Por outro lado, *judicial review*, como explanado acima, significa a prerrogativa da jurisdição constitucional de revisar atos dos demais poderes que podem estar em conflito com a Constituição sem, necessariamente, determinar seu último significado. Portanto, é de se supor que a jurisdição constitucional e o *judicial review* não levam, necessariamente, à supremacia judicial.

Mas como impor limites aos Tribunais, detentores da função de revisar atos de outros poderes? E mais. Considerando que *judicial review* e supremacia judicial não são sinônimos a quem caberia essa última palavra?

Mesmo Rawls, que vê a Suprema Corte como uma instância da razão, entende que suas decisões devem ser motivadas e neutras, no sentido de não privilegiar quaisquer segmentos. Dworkin, da mesma forma que entende que as Cortes são mais bem posicionadas para revelar o sentido da constituição e garantir a estabilidade da democracia, considera primordial que os

julgamentos observem valores preconizados na ordem jurídica e que não haja uma liberdade irrestrita ao Judiciário. (DWORKIN, 2003, p. 271-272)

Voltando ao tema principal, podemos dizer que, na análise do caso do menor sob guarda, o Supremo Tribunal Federal agiu dentro dos limites do *judicial review*, revisando atos do legislativo em conflito com a Constituição? Ou agiu como se tivesse liberdade irrestrita, não observando os ditames preconizados na ordem jurídica?

Verificamos que o menor sob guarda foi excluído do rol dos beneficiários da previdência social por meio da Lei 9.528 de 1997. A Procuradoria Geral da República e o Conselho Federal da OAB interpuseram as ADIs 4.878 e 5.083 em dezembro de 2012 e janeiro de 2014, respectivamente. Em 12 de novembro de 2019 foi promulgada a Emenda Constitucional 103/2019 mantendo o disposto na Lei nº 9.528/97. Em 08 de junho de 2021, o Supremo Tribunal Federal conferiu “interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o menor sob guarda”.

Por outro lado, o Parecer 53 de 1997, da Comissão Mista do Congresso, ao analisar a MP 1.596 que foi convertida na Lei 9.528/97, apontou como um dos objetivos da exclusão do menor sob guarda para fins previdenciários a necessidade de se alcançar o equilíbrio financeiro do INSS. (BRASIL, 1997). Da mesma forma, o parecer da Comissão Especial instituída para analisar a Proposta de Emenda Constitucional também deixou claro que o objetivo primordial da denominada Reforma Constitucional era garantir o equilíbrio atuarial da previdência social no Brasil. Verifica-se, portanto, que o Legislativo agiu em nome da maioria, preocupado com os custos dos direitos previdenciários. (BRASIL, 2019)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, invocando os princípios da proteção integral da criança e do adolescente, da proibição do retrocesso social, da isonomia e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, preocupou-se em proteger os direitos das minorias, como defendido por Rawls e Dworkin. No entanto, além de desconsiderar o custo dessa decisão para os cofres da previdência, o STF ignorou a existência da Emenda Constitucional 103/2019, que ratificou a intenção do legislador de excluir o menor sob guarda.

Não seria o caso de o Supremo Tribunal Federal considerar que ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade perderam o objeto em razão da Emenda Constitucional superveniente? Ao ignorar a Emenda Constitucional, supostamente em razão do princípio da demanda ou mesmo citando-a para afirmar que “tampouco prevalece, no caso em exame, a redação atual da Emenda Constitucional n.º 103/2019, que manteve a exclusão do “menor sob guarda” do rol de dependentes do segurado”; não agiu o STF com liberdade irrestrita? (pg. BRASIL, 2021, p. 67)

É fato que a Emenda Constitucional 103/2019 ainda pode ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que pode levar o Supremo a impor sua vontade sobre o Legislativo, mais uma vez, independentemente das razões que este expôs. O Legislativo, por seu turno, não ficaria adstrito às decisões de inconstitucionalidade do STF, que vinculam somente os órgãos administrativos e judiciais responsáveis pela aplicação da norma, jamais o Parlamento. Assim, poderia o Congresso Nacional, diante de uma suposta declaração de inconstitucionalidade da EC 103/2019, editar nova Emenda Constitucional reavivando a norma afastada pelo Supremo. Nada impede, por conseguinte, uma nova declaração de inconstitucionalidade em face desse dispositivo reeditado e assim sucessivamente.

No caso em análise, em 06 de dezembro de 2022, foi expedida a Portaria 1080 INSS/DIRBEN, objetivando orientar a obediência aos dispositivos contidos na EC 103/2019 e ao disposto no acórdão proferido nas ADIs retromencionadas. Assim, de acordo com seu art. 26 “para óbitos ocorridos entre 14 de outubro de 1996 e 13 de novembro de 2019, equipara-se a filho o menor sob guarda que comprove a dependência econômica, conforme determinado pelo STF no julgamento vinculante das ADI's 4878 e 5083”.

Assim, no atual momento, os menores sob guarda, cujos responsáveis faleceram entre 14 de outubro de 1996 e 13 de novembro de 2019, possuem direito à pensão por morte, caso comprovem a dependência econômica; os demais, não estão contemplados por esse benefício previdenciário. (BRASIL, 2022)

## 5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua instituição, a pensão por morte tinha o objetivo de proteger as pessoas que pudessem ficar em situação de vulnerabilidade em razão do óbito do segurado. Não foi diferente quando da extensão do benefício ao menor sob guarda, por meio do Decreto Lei nº 66 de 1966.

Por outro lado, a Constituição Federal, em seu artigo 227, dispõe que é dever da família, do Estado e da sociedade, garantir às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, educação, lazer, dignidade, dentre outros. Visando regulamentar o referido artigo, em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, norma especial de proteção das crianças e adolescentes, cujo §3º do artigo 33, confere ao menor sob guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários.

Posteriormente, sob a justificativa da existência de fraudes e em razão dos custos, o menor sob guarda foi excluído do rol de beneficiários da previdência social, por meio da Lei nº

9.528/97. Referida vontade legislativa foi corroborada pela Emenda Constitucional nº 103/2019, após inúmeras decisões judiciais que afastavam a aplicação daquela lei, por entendê-la contrária às disposições constitucionais e ao ECA.

Malgrado a existência de fraudes em que avós, segurados do INSS, assumem a guarda de netos que continuam submetidos ao poder familiar dos genitores, a fim de torná-los beneficiários de sua pensão por morte; há que se tomar medidas para prevenção e punição do referido ardil. Não se pode presumir a má-fé de todos os requerentes e, com isso, terminar por privar crianças e adolescentes de direitos constitucionalmente garantidos.

É certo que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs 4.878 e 5.083, em junho de 2021, declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 9.528/974, razão pela qual vigora, atualmente, uma regra de transição, que confere ao menor sob guarda o direito à pensão por morte, desde que o óbito do segurado tenha ocorrido até a data de promulgação da EC 103/2019. No entanto, faz-se necessário o questionamento da constitucionalidade referida emenda, a fim de assegurar ao menor sob guarda os benefícios que lhe foram conferidos pelo constituinte, em nome da proteção aos princípios da proibição do retrocesso social, da isonomia e da proteção integral e prioritária das crianças e adolescentes.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009

ARAÚJO, Larissa Olympia. *A pensão por morte à luz da Reforma Previdenciária - uma análise crítica sobre as inovações legislativas*. <https://jus.com.br/artigos/90283/a-pensao-por-morte-a-luz-da-reforma-previdenciaria-uma-analise-critica-sobre-as-inovacoes-legislativas>. Acesso em 16/05/2023

ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. *Teoria Geral do Direito Previdenciário*. Teresina: EDUFPI, 2022

AVIAN, Eduardo. *Pensão por morte: evolução história, mudança de paradigma e situação atual*. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42263/pensao-por-morte-evolucao-historia-mudanca-de-paradigma-e-situacao-atual>. Acesso em 16/05/2023

BRASIL. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm) Acesso em 16/05/2023

BRASIL. *Parecer nº 53 de 1997*. Diário do Senado Federal: Ano LII, nº 219, p. 26404-26423. Brasília, 29 de novembro de 1997. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/13995?sequencia=82>. Acesso em 16/05/2023

BRASIL. *Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9528.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm) Acesso em 16/05/2023

BRASIL. *Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019*. Disponível em [planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm) Acesso em 16/05/2023

BRASIL. *Parecer nº 53 de 1997*. Diário do Senado Federal: Ano LII, nº 219, p. 26404-26423. Brasília, 29 de novembro de 1997. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/13995?sequencia=82>. Acesso em 16/05/2023

BRASIL. *Parecer de 04 de julho de 2019*. Diário da Câmara dos Deputados: Letra C, Edição Extra. Brasília, 05 de julho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucional nº 5083*. Ministro Relator: Gilmar Mendes, 08 de junho de 2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347225925&ext=.pdf> Acesso em 16/05/2023

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

MOLLERS, CHRISTOPHERS: *The three branches - a comparative model of separation of powers*. 1ª Ed. United Kingdom: Oxford, 2013

RAWLS, JOHN. *O Liberalismo político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. Connecticut: The Yale Law Journal . [Vol. 115, No. 6 \(Apr., 2006\)](#) pp. 1346-1406

# O PAPEL DO MÉDICO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO NO PROCEDIMENTO DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA FEMININA

---

Caroline de Carvalho Leitão Hidd

Auditora de controle externo (área jurídica) do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.  
Advogada. Especialização em Direito Constitucional e Controle Externo na  
Administração Pública pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Mestranda em Direito  
pela UFPI.

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima

Professor Adjunto de Direito Civil do Departamento de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Piauí. Professor Permanente e Coordenador do Programa de  
Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Doutor (*sobresaliente cum  
laude*) em Direito Privado pela Universidade de Salamanca. Grau de Salamanca  
(*sobresaliente cum laude*) em Direito Privado. Diploma de Estudos Avançados em  
Direito Privado pela Universidade de Salamanca.

---

**Resumo:** O presente estudo analisa a aplicação da teoria do consentimento informado aos atos de esterilização voluntária feminina, considerando a evolução legislativa do § 5º do art. 10 da Lei nº 9.263/1996. Para tanto, realizou-se um estudo sobre o processo de formação do consentimento informado na relação médico-paciente e o procedimento de esterilização voluntária feminina no Brasil. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória e, quanto à abordagem, é qualitativa. Quanto aos procedimentos, a pesquisa é bibliográfica e documental. Na introdução, analisa-se a evolução histórica do instituto para, em seguida, apontar sua estrutura dogmática. O terceiro tópico cuida do processo de formação do consentimento informado e, no último, discorre sobre a aplicação aos atos de esterilização voluntária da mulher. A conclusão evidencia que a nova redação dada ao dispositivo, ao limitar o consentimento apenas ao da mulher, amolda-se à natureza do consentimento informado enquanto direito de personalidade.

**Palavras-chave:** Consentimento informado; Mudanças na ordem civil; Esterilização voluntária feminina; Processo de formação; Relação médico-paciente.

*Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1 INTRODUÇÃO

O direito do paciente ao consentimento informado tem sua raiz histórica na necessidade de romper com o modelo paternalista-hipocrático do exercício da medicina, isto é, o modelo no qual o médico era tido como o senhor da razão e detentor de todo o conhecimento e, por isso mesmo, a pessoa mais habilitada para decidir em matéria de tratamento de saúde (LOPES JUNIOR, 2020). Alguns eventos ocorridos ao longo do século XX teriam contribuído para essa mudança de paradigma, tais como as atrocidades cometidas pelos nazistas durante a II Guerra Mundial (experimentação em seres humanos sem a autorização destes, em condições degradantes e de tortura), o constante progresso tecnológico e científico (a evolução do conhecimento transformou a relação médico-paciente em algo complexo e a medicina numa prática desumanizada) e o próprio desenvolvimento da sociedade, marcada pelo pluralismo ideológico e pela ampla difusão da informação (PEREIRA, 2004).

Um dos precursores do instituto foi o caso estadunidense *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, de 1914. Embora a sentença do Juiz Cardozo não tenha feito alusão expressa ao termo “consentimento informado”, a menção pioneira à autodeterminação contribuiu para a popularidade do precedente, fazendo com que os julgados subsequentes continuassem adotando e desenvolvendo o tema (BEAUCHAMP; FADEN, 1986). Aqui, o foco era no consentimento dado pelo paciente, pois ainda não havia se desenvolvido a noção de que ao médico também cabia outra obrigação que não fosse a mera abstenção; o importante era que o profissional não atuasse na contramão do desejo da pessoa, ou seja, obtido o consentimento, a intervenção estaria permitida. Desenvolveu-se a ideia de que a mera violação da autodeterminação da pessoa seria suficiente para fins de responsabilidade médica, não sendo necessária a ocorrência de um resultado lesivo (SEOANE, 2013).

Já em 1957, no caso *Salgo versus Stanford Jr*, a questão evoluiu e a ideia de que o consentimento do paciente deve ser dado somente após a entrega de informações por parte do médico foi desenvolvida, aparecendo o termo “consentimento informado” pela primeira vez (LIMA, 2017). A par desses dois julgados, poder-se-ia mencionar a existência de outros do mesmo país (BEAUCHAMP; FADEN, 1986), assim como alguns normativos internacionais que tratam do assunto (LIMA, 2017), porém, fugiria aos objetivos do presente trabalho.

O fato é que, atualmente, a autodeterminação do paciente nos cuidados com a saúde é instrumentalizada no conceito de consentimento informado, sendo mister reconhecer um novo tipo de capacidade para tanto, diferente do tradicional conceito pensado para os negócios

patrimoniais (PEREIRA, 2004). No Brasil, ainda não existe uma lei específica que regule o assunto, cabendo à doutrina e à jurisprudência<sup>1</sup> a apresentação de alguns parâmetros a fim de facilitar a vida do operador do direito: costuma-se mencionar o art. 15 do Código Civil (CC) e alguns dispositivos do Código de Ética Médica (CEM) – Resolução CFM nº 2.217/2018 –, a exemplo do art. 22 (LOPES JUNIOR, 2020).

No que concerne à esterilização voluntária, regulamentada no art. 10 da Lei nº 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar (LPF) –, o texto legal determinava, em seu § 5º, que o procedimento só poderia ser realizado, na vigência da sociedade conjugal, diante da anuência expressa de ambos os consortes. Entretanto, existia um intenso debate a respeito da constitucionalidade do referido dispositivo, o que levou, inclusive, à propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) para discutir o assunto junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, questiona-se a compatibilidade entre a autorização marital para os atos de esterilização voluntária feminina e a teoria do consentimento informado. A hipótese levantada é a de que a autorização do consorte, na vigência da redação original da lei, seria incompatível com o enquadramento do consentimento informado no seletor rol de direito de personalidade.

Para atingir o objetivo geral, o trabalho, na primeira seção, apresentará uma noção de consentimento informado, seu fundamento e sua natureza jurídica. Na segunda seção, discorrerá sobre o processo de formação do consentimento informado, dando destaque às suas pré-condições (competência e voluntariedade) e aos elementos da informação (divulgação, recomendação e entendimento), sem considerar nuances específicas que podem existir no caminho, a exemplo da segunda opinião médica e do tempo de espera (LIMA, 2021). Na terceira seção, abordará o procedimento de esterilização voluntária feminina previsto na LPF, mencionando o debate que existia a respeito da sua constitucionalidade e interconectando o assunto com o processo de formação do consentimento informado. Ao final, serão apresentadas as considerações finais sobre o tema indicado.

A pesquisa será exploratória, a fim de melhor compreender e aprofundar o problema, visando contribuir para o debate a partir do fornecimento de alguns parâmetros e respostas. Outrossim, a pesquisa será qualitativa, pois possui conteúdo descritivo, na busca de identificar a natureza e a abrangência das informações coletadas, assim como assimilá-las de uma forma mais global e contextualizada (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2009). A pesquisa será, antes de tudo,

---

<sup>1</sup> No REsp 1540580/DF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que a simples inobservância do dever de informar é fonte de responsabilidade civil *per se*.

bibliográfica, por ser indispensável considerar e revisar aquilo que a literatura mais abalizada já escreveu em torno do problema objeto de pesquisa (LAMY, 2011). A pesquisa será, também, documental, tendo em vista as contribuições positivas que uma análise crítica de documentos relevantes e pertinentes pode proporcionar (PRATES; PRATES, 2012), a exemplo da Constituição Federal (CF) e da LPF.

O estudo a respeito do problema apresentado é importante, pois se mostra relevante do ponto de vista jurídico, acadêmico e social. A CF dispõe que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196), portanto, entender qual deve ser o papel do médico no processo de formação do consentimento informado quando se trata de esterilização voluntária feminina é assunto do interesse de toda a sociedade. Ademais, menciona-se a dificuldade enfrentada no dia a dia forense pelos aplicadores do direito diante de assuntos controversos e que não possuem uma regulamentação legal satisfatória. É preciso, portanto, um direcionamento por parte dos estudiosos a respeito de como a questão deve ser entendida, pois quanto maior for o consenso a respeito do assunto, mais se impede a ocorrência de danos concretos, diminuindo a procura pelo Judiciário, assim como se evita a proliferação de decisões conflitantes relativas a causas já instauradas, favorecendo o ideal de harmonia no sistema.

## 2 O CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: NOÇÃO, FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA

Baú (2009) traduz o consentimento informado como sendo uma decisão voluntária, tomada por uma pessoa com autonomia e capacidade, no sentido de aceitar um determinado tratamento médico, o que se dá mediante um processo informativo e deliberativo que a antecede, no qual são expostos os riscos e consequências do caminho proposto. Já León (2009), que trata do assunto sob o ponto de vista do ordenamento jurídico espanhol, explica que a Lei sobre Direitos dos Pacientes enxerga o consentimento informado como o assentimento livre e voluntário dado pelo paciente ao médico, depois de receber a informação adequada, para que este último leve adiante uma determinada conduta médica que possa afetar a sua saúde.

O consentimento informado, na visão de Lima (2021, p. 148), é um direito do paciente, isto é, direito de “ser informado, esclarecido e assentir a respeito da execução da prestação de cuidados de saúde”. O consentimento informado deve ser analisado enquanto um programa de prestação que visa proteger a autodeterminação em matéria de saúde, de forma que o médico é devedor de duas prestações em relação ao paciente: a obrigação de informar (positiva) e a

obrigação de se abster (negativa), sendo que a primeira antecede necessariamente a segunda, esta última entendida como a obrigação de não levar adiante o ato médico sem ou contra a manifestação de vontade do paciente.

Beauchamp e Faden (1995) afirmam que é possível extrair dois sentidos da expressão consentimento informado e que estes frequentemente geram confusões e mal-entendidos. No primeiro sentido, o consentimento informado pode ser entendido como o assentimento autônomo dada pelo paciente para fins de intervenção médica. Esse primeiro sentido advém da ideia de o consentimento consistir em uma proteção da autodeterminação do paciente e de que a autoridade final para tomar decisões sobre o tratamento é do sujeito, e não do profissional.

Dessa forma, o consentimento não pode ser entendido apenas como a concordância ou a mera resignação do paciente diante de uma proposta de tratamento ou intervenção médica. Uma pessoa consente de forma informada apenas se a manifestação dada para seguir adiante com a prestação de cuidados de saúde tiver sido dada quando o entendimento da situação apresentada for substancial e desde que não haja a intervenção de fatores externos no intuito de viciar a vontade do agente (BEAUCHAMP; FADEN, 1995).

No segundo sentido, todavia, o consentimento informado é analisado pelo prisma das regras para consentir existentes em cada ordenamento. Esse outro viés expressa a principal concepção que permeia as normas dos órgãos regulatórios e instituições de saúde. Aqui, o consentimento informado é visto apenas como uma aprovação do paciente, sendo considerada efetiva ou válida apenas se ela se der conforme as regras legais que regem o caso, quaisquer que sejam elas. Nesse sentido, diferentemente do primeiro, as condições e requisitos do consentimento informado são relativos a um determinado contexto institucional e não precisam de ser, necessariamente, “verdadeiras” autorizações autônomas. Esse significado advém da necessidade de se ter um mecanismo de resolução de demandas rápido, justo e eficiente nos sistemas de saúde, no qual responsabilidades e violações podem ser avaliadas e apuradas corretamente, sem muito desgaste (BEAUCHAMP; FADEN, 1995).

Concluindo o raciocínio, os autores afirmam que a visualização dos dois sentidos é importante porque o sujeito pode consentir de forma informada no primeiro sentido, muito embora não no segundo. É o exemplo figurativo da criança que, relativamente ao seu próprio corpo, pode desejar que o tratamento ou a intervenção propostos sigam um determinado rumo, expressando sua vontade para esse fim e consentindo de forma informada (no primeiro sentido) para tanto, mas que, justamente em razão da sua menoridade, não pode ter sua declaração e consentimento

levados adiante em razão das proibições e restrições que existem no ordenamento jurídico a respeito de atos e negócios jurídicos formulados por impúberes (BEAUCHAMP; FADEN, 1995).

Reconhecendo a diferença entre contrato de prestação de serviços médicos e consentimento informado, mas afirmando que ambos dialogam entre si, Soares (2021) enxerga o segundo como sendo a permissão, isto é, o instrumento de que se vale o paciente para determinar os limites da atuação médica, definindo-se através dele até onde o profissional está autorizado a ir sem que atue com ilicitude (conduta penalmente tipificada). O consentimento é considerado o cerne do contrato de prestação de serviços médicos e condição sine qua non para a prestação dos cuidados com a saúde, ao contrário da formalização de um contrato, que não é considerado nem mesmo obrigatório.

Para os fins do presente artigo, entende-se que o consentimento informado nada mais é do que um instante de todo um processo deliberativo, um sinal verde (prosseguimento) dado pelo paciente que autoriza uma determinada atuação médica após ter recebido a informação necessária para a tomada da decisão que melhor represente seus interesses, constituindo um mecanismo de proteção da pessoa humana. Afirmar que o paciente consentiu de forma informada significa dizer que uma pessoa, com capacidade e legitimidade, exercitou seu direito à autodeterminação, isto é, o direito de decidir o que fazer ou não fazer com o próprio corpo (físico ou psique), de forma voluntária e consciente, quando em tratamento de saúde.

Quanto ao fundamento, Lorenzo y Montero e Sánchez Caro (1999) aduzem que o consentimento informado, quando se trata de cuidados com a saúde, retira seu fundamento de validade na dignidade e na liberdade da pessoa humana, perdendo, ao menos em parte, o seu vínculo com a teoria geral dos contratos. É um erro acreditar que o consentimento informado constitui um elemento estranho à prática médica, sendo apenas uma imposição do direito e que não significa mais do que um encargo a ser suportado pelo profissional da saúde. Ao revés, seguindo os deveres informativos, o profissional não cumpre apenas uma obrigação legal, mas também realiza um ato médico fundado na ética, permitindo que a relação criada esteja assentada em bases de confiança que conduzam ao melhor resultado.

Já Lima (2017) afirma que o consentimento informado é dotado de força jurídica por ser conteúdo do ato médico e integrar a *lex artis*, não se encontrando nos sujeitos da relação. De fato, alterando-se a relação jurídica inicial pela saída de um médico e entrada de um novo, o consentimento informado não deixa de existir, embora o antigo médico não carregue mais consigo os deveres de informação e de abstenção, deveres esses que, em razão da mudança operada, passam ao novo profissional. León (2009) também compartilha desse ponto de vista, pois

consigna que se o médico age sem o consentimento do paciente ou sem informá-lo adequadamente está descumprindo um dos deveres da *lex artis*, podendo ser responsabilizado.

Godinho (2014) explica que também é possível estabelecer um elo entre o consentimento informado e o princípio da boa-fé que rege toda e qualquer relação contratual, muito embora destaque que a natureza existencial do vínculo jurídico formado entre as partes, por si só, já seria suficiente para impedir qualquer conduta médica contrária àquilo que foi manifestado pelo paciente. Em verdade, o dever de respeito à incolumidade do paciente é até mesmo anterior à formação de qualquer vínculo de natureza negocial entre as partes, já que tal dever é considerado decorrência do direito personalíssimo à integridade física e moral de qualquer pessoa.

Relativamente à natureza jurídica, Soares (2021) investiga se o consentimento informado seria um ato jurídico em sentido estrito ou um negócio jurídico. A autora destaca que o instituto se aproxima do negócio jurídico por dizer respeito ao futuro, permitindo o prosseguimento de uma conduta médica que ainda vai acontecer e precisa respeitar o que foi previamente acordado. Menciona, também, que o paciente autoriza o médico conforme o que é do seu desejo, mas que este ainda deve avaliar se concorda ou não com os termos propostos por aquele, não sendo obrigado a aceitá-los.

Apesar do consentimento, isoladamente considerado, ser um ato de permissão, é preciso reconhecer que tal ato é antecedido por todo um processo dinâmico e dialético do qual fazem parte médico e paciente. Por outro lado, a autonomia que dá suporte aos atos existenciais (autodeterminação), a exemplo do consentimento informado, é diferente da vontade negocial que dá base aos negócios jurídicos patrimoniais. Com base nisso, a autora conclui que o consentimento informado seria uma categoria *sui generis*, que não se enquadra em nenhuma das duas espécies, em virtude da heterogeneidade e especificidade das situações que rodeiam o instituto (SOARES, 2021).

Para Lima (2021, p. 156), o consentimento informado “se assemelha à decisão do aderente em aceitar ou rejeitar em bloco as cláusulas contratuais predispostas unilateralmente pelo ofertante”, na medida em que as cartas são dadas pelo médico, cabendo ao paciente decidir se aceita ou não os termos propostos. Dessa forma, ao consentimento informado devem ser aplicadas, no que couber, as regras da aceitação na formação dos contratos, com duas ressalvas importantes em razão da peculiaridade do fenômeno: possibilidade de livre revogar a decisão tomada por parte do paciente e a ausência do dever de ressarcir quaisquer prejuízos em caso de revogação, com exceção, neste último caso, dos custos tidos pelo profissional na preparação dos

cuidados que seriam prestados, mas que não foram em razão da desistência do paciente, em respeito aos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva.

Por fim, tratando mais especificamente sobre o direito português, Pereira (2004) afirma que a doutrina dominante enxerga no consentimento informado um ato jurídico em sentido estrito, de forma que o consentimento prestado pelo paciente seria duplo: o consentimento-aceitação, que diz respeito à conclusão do contrato de prestação de serviços médicos, e o consentimento-assentimento, que diz respeito à concordância dada pelo paciente para fins de prestação de cuidados com a saúde. O consentimento-assentimento, por ter caráter existencial, não é inteiramente compatível com o regime dos negócios jurídicos, pois é livremente revogável e sofre a incidência dos preceitos de ordem pública e dos bons costumes.

### 3 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

#### 3.1 PRÉ-CONDIÇÕES DO CONSENTIMENTO: COMPETÊNCIA E VOLUNTARIEDADE

De acordo com Farias e Rosenvald (2017, p. 179), a ideia de personalidade jurídica está umbilicalmente ligada à ideia de pessoa, pois aquela é o cerne que garante a esta um mínimo de proteção fundamental. Historicamente, a personalidade sempre foi vista como a aptidão que alguém teria para titularizar relações jurídicas, ou seja, para ser sujeito de direito. Entretanto, a existência de seres despersonalizados que integram relações jurídicas, a exemplo da massa falida, mostrou que o tradicional conceito de personalidade não fazia mais sentido: é preciso abandonar a ideia de que a personalidade é um atributo exclusivo de quem é sujeito de direito e remodelá-la conforme as diretrizes dos direitos fundamentais constitucionais. A personalidade jurídica seria, portanto, “uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna”.

Ao lado do conceito de personalidade, todavia, existe o conceito de capacidade. Para Farias e Rosenvald (2017), malgrado exista uma ligação entre os dois conceitos, é importante diferenciá-los: enquanto a personalidade é vista como um atributo geral de todas as pessoas (relações existenciais), a capacidade se apresenta como um mecanismo de concretização da personalidade, ou seja, a aptidão para adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil, mantendo proximidade com as relações patrimoniais. Conforme ensina Borges (2009), os direitos da personalidade pertencem a uma categoria especial de direitos justamente porque protegem os modos de ser da pessoa, e não do ter, a exemplo da honra de alguém. São direitos relacionados

à existência, às qualidades físicas, psíquicas e morais da pessoa, apartando-se do direito das obrigações e dos direitos reais.

Tepedino e Oliva (2016) explicam que a personalidade possui dois vieses. O primeiro, mais tradicional, confunde personalidade com capacidade de gozo, de forma que todo sujeito de direito possui personalidade, ou seja, todas as pessoas têm aptidão para integrar relações jurídicas, adquirindo direitos e contraindo deveres. É um conceito que pode ser aplicado tanto para as pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas. O segundo vê a personalidade como um algo atrelado à pessoa humana, sendo o conjunto de caracteres e atributos desta, por ser encarada como objeto de especial proteção do Estado.

A menção à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), a previsão da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais como objetivos fundamentais (art. 3º da CF) a serem perseguidos pelo Estado, bem como a existência do art. 5º, § 2º, da CF levam o intérprete a concluir pela existência de uma verdadeira cláusula geral que protege e promove a pessoa humana, considerada como principal guia e valor do ordenamento. Pensando nisso, os autores propõem uma releitura do tradicional conceito de personalidade e separam a personalidade (entendida de forma objetiva) da subjetividade, reservando o primeiro termo exclusivamente para a pessoa humana, por ser expressão da dignidade da pessoa humana, enquanto o segundo termo deveria ser entendido como capacidade de gozo, isto é, como aptidão para ser sujeito de direito, sendo um atributo tanto das pessoas naturais como das pessoas jurídicas (TEPEDINO; OLIVA, 2016).

Figura relacionada à personalidade e à capacidade é o instituto da autodeterminação. Após traçar um panorama histórico a respeito da evolução do conceito de autonomia privada, Rodrigues Junior chega ao conceito de autodeterminação, previsto na CF como um dos princípios pelos quais a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais (art. 4º da CF). Conforme explica o autor, a autodeterminação bebe na fonte do Direito Constitucional e do Direito Internacional Público, estando ligada à noção de soberania estatal, isto é, à possibilidade de regular-se e organizar-se internamente através de regras próprias, respeitando as demais pessoas jurídicas internacionais (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

No campo do Direito Privado, o termo ganhou conotação própria e passou a albergar a ideia de autonomia privada da vontade, não guardando necessária paridade com a conotação de ordem pública. O jurista segue o posicionamento de Joaquim de Sousa Ribeiro, segundo o qual a autonomia privada está ligada às relações jurídicas de uma pessoa, sendo o processo pelo qual

esta se obriga perante os demais que com ela se relacionam, proporcionando a possibilidade de livre constituição de tais relações (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Já a autodeterminação “seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não”. É, por isso, um conceito mais amplo do que o de autonomia privada, conectando-se com as ideias de pluralismo e de autogoverno dos indivíduos segundo suas escolhas, dizendo respeito não apenas às relações jurídicas de cunho patrimonial, mas também com as preferências individuais de cada um, a exemplo do credo, da orientação sexual e do posicionamento político (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 126).

Na concepção de Lopes Junior (2020), quando se fala em tomada de decisão no campo da saúde, entende-se que esta deve refletir a vontade autônoma do paciente e essa vontade deve ser manifestada por uma pessoa com competência (leia-se capacidade) para tanto, a fim de ser considerada válida. Dessa forma, para o autor, a competência seria apenas uma pré-condição para fins de consentimento informado, sendo que, no direito brasileiro, a competência está ligada à ideia de capacidade de fato, ou seja, à aptidão para exercer por si mesmo os atos da vida civil.

Atualmente, o CC qualifica como absolutamente incapaz o menor de dezesseis anos (art. 3º), elencando em seu art. 4º as situações de incapacidade relativa, quais sejam ser maior de dezesseis e menor de dezoito, ser ébrio habitual ou viciado em tóxico, ser pródigo ou ser aquele que, por causa transitória ou permanente, não possa exprimir sua vontade. No caso dos absolutamente incapazes, a decisão deve ser tomada por intermédio de seus representantes legais (pais ou tutores). Quando se trata de incapacidade relativa por idade, no entanto, deve haver a nomeação de um tutor (art. 1.728), enquanto que nos demais casos previstos no art. 4º deve haver a nomeação de um curador (art. 1.767).

Conforme Pereira (2004), quando o que está em jogo é a tomada de decisão sobre cuidados com a saúde, é preciso reconhecer um ramo da capacidade jurídica que é diferente do tradicional conceito fornecido pelos civilistas, pois este último foi pensado em termos negociais, isto é, a chamada capacidade para consentir (também chamada de “competência”). Para o jurista português, o caráter existencial que permeia a relação médico-paciente, por afetar bens jurídicos personalíssimos, bem como a questão da livre revogação do consentimento a qualquer tempo, já evidenciam a necessidade de garantir a autonomia e a consequente distinção de tal aptidão.

Ao reconhecer que a lei portuguesa não regulamenta expressamente o assunto, o autor assume ser necessário investigar quais seriam os elementos característicos desse singular poder. Dando especial destaque à concepção de Amelung, o jurista afirma que a capacidade para

consentir pode ser enxergada sob quatro prismas diferentes, quais sejam: para decidir sobre valores, para compreender os fatos, para compreender as alternativas e para se autodeterminar com base no que foi repassado (PEREIRA, 2004).

A capacidade para decidir sobre valores seria a atribuída a alguém para, segundo seu próprio sistema de valores, realizar uma análise custo-benefício da situação e tomar a melhor decisão, sendo esta entendida como aquela na qual os benefícios superam os sacrifícios. Contudo, essa perspectiva é falha, porque tanto a menoridade quanto algumas doenças podem inviabilizar ou interferir – ao menos durante certo tempo – no sistema de valores do sujeito (PEREIRA, 2004).

A capacidade para compreender os fatos ou processos causais consiste em entender o que se passa (fatos e processos causais futuros), possibilitando a realização de prognósticos, isto é, a previsão dos riscos de tomar ou não tomar certas atitudes. Assim como na primeira, esse segundo tipo de capacidade também é falha se considerar a existência de algum problema que afete a cognição do paciente. Por sua vez, a capacidade para compreender as alternativas, como o próprio nome indica, é atribuída a alguém para escolher dentre opções existentes. Por fim, a capacidade para se autodeterminar com base na informação é considerada volitiva, pois tem a ver com conseguir orientar-se por si próprio segundo as informações repassadas e seus próprios valores (PEREIRA, 2004).

Segundo Beauchamp (2010), a literatura costuma apontar cinco elementos para fins de formação do consentimento informado: competência para decidir, divulgação da informação, entendimento do que foi divulgado, voluntariedade no decidir e o consentimento propriamente dito. Contudo, o autor discorda da referida classificação, pois afirma que a competência, em verdade, é apenas uma pré-condição para o consentimento, isto é, não integra o processo de sua formação.

Beauchamp e Faden (1995) acreditam, conforme mencionado anteriormente, que a noção de autonomia possui uma função central quando se trata de consentimento informado, pois este pressupõe um assentimento autônomo dado pelo sujeito para fins de intervenção médica. Uma pessoa age de forma autônoma se o faz de forma intencional (voluntariedade), com entendimento e sem influências externas que controlem o seu agir. Segundo Beauchamp (2010, p. 66), uma ação intencional demanda “plans in the form of representations of the series of events proposed for the execution of an action. For an act to be intentional, it must correspond to the actor’s conception of the act in question, although a planned outcome might not materialize as projected”.

Beauchamp (2010, p. 67-68) explica que alguns defendem não existir ação intencional nos casos de “simples desejos”, mas apenas nos casos de “desejos racionais”, a exemplo de Julian Savulescu. Outros, a exemplo de Harry Frankfurt e Gerald Dworkin, acreditam que uma pessoa só age de forma autônoma quando consegue aceitar ou renegar um “desejo inferior” que surge no meio do caminho, de forma a mudar ou perseguir o seu “desejo superior”, respectivamente. Isso porque um “desejo superior” que não encontra guarida em um “desejo inferior” é um modo de agir tipicamente animal, portanto, comportamento não autônomo. Todavia, o autor não coaduna com essas ideias. Com efeito, Beauchamp acredita em um modelo de intencionalidade “based on what is willed rather than what is wanted. Intentional actions include any action and any effect specifically willed in accordance with a plan, including merely tolerated effects”.

Por essa ótica, distinguir o que o agente quer de fato daquilo que foi meramente previsto em um determinado plano de ação é inútil e contraproducente. O exemplo trazido à baila pelo autor a fim de ilustrar o que foi dito é o do homem que deseja ligar a luz (lâmpada), mas não deseja ligar o ventilador, muito embora ele saiba que o interruptor é o mesmo e que se a luz for ligada o ventilador também o será. De fato, mesmo que o ventilador faça um barulho horrível e que esse efeito colateral previsto não seja de modo algum desejado, o sujeito não pode alegar que ligou o ventilador involuntariamente. Existe uma diferença entre o que o autor pretende (intenção) e o que é uma ação intencional, não existindo uma correlação necessária entre ambas (BEAUCHAMP, 2010). Ao aplicar o raciocínio ao campo da saúde, pode-se afirmar que um paciente consente intencionalmente com uma determinada cirurgia, embora não deseje a cicatriz decorrente do procedimento, o que não torna a ação menos intencional e, portanto, voluntária.

Retomando os dois sentidos de consentimento informado trazidos anteriormente, Beauchamp (2010) destaca que os magistrados e Cortes acabam dando prioridade, em seus julgamentos, ao consentimento informado em seu segundo sentido (regras institucionais), deixando de lado os criteriosos e exigentes padrões de avaliação da autonomia do paciente (consentimento informado no primeiro sentido). Na prática, isso faz com que médicos, hospitais e clínicas se preocupem mais em repassar as alternativas de tratamento propostas (com seus respectivos riscos) e receber um termo de consentimento assinado do que em certificar-se de que as informações transmitidas foram devidamente apreendidas pelo paciente. Ocorre que o consentimento dado em tais circunstâncias não pode ser considerado “verdadeiro” (no primeiro sentido), ocasionando falhas na obtenção de um consentimento que respeite, de fato, a autonomia do paciente.

Por outro lado, embora seja fácil duvidar das regras institucionais e tomá-las por superficiais, não é razoável exigir que os profissionais de saúde obtenham sempre um consentimento que satisfaça todas as exigências de proteção da autonomia, já que os padrões estabelecidos para a proteção desta última podem se tornar insuscetíveis de alcance prático. É por isso que as regras institucionais devem ser avaliadas não apenas em termos da capacidade que elas têm para conduzir a escolhas verdadeiramente autônomas, mas também em termos das prováveis consequências que a imposição de requisitos por demais onerosos às instituições e profissionais pode desencadear. Dessa forma, as políticas de consentimento devem ser formuladas tomando como referência o modelo de escolha autônoma (primeiro sentido), mas também considerando o que é justo e razoável exigir-se em cada circunstância dos profissionais da saúde (BEAUCHAMP, 2010).

### 3.2 ELEMENTOS DA INFORMAÇÃO: DIVULGAÇÃO, RECOMENDAÇÃO E ENTENDIMENTO

Conforme já foi mencionado, Beauchamp (2010) discorda da tradicional divisão feita pela literatura a respeito de quais seriam os elementos do consentimento informado. Segundo o autor, a divulgação da informação não seria uma *conditio sine qua non* para o consentimento. É possível vislumbrar situações nas quais o paciente já é detentor de toda a informação relevante, sendo a divulgação da informação desnecessária, a exemplo do paciente que é médico. É por isso que, em sua opinião, qualquer estudo sobre o consentimento informado deve focar nas noções de entendimento (compreensão), voluntariedade e consentimento. De toda forma, três seriam os elementos da informação para Beauchamp e Faden (1995): divulgação (informações sobre riscos e benefícios), recomendação (proposta de um plano de ação) e entendimento (tanto das informações divulgadas quanto da recomendação dada).

Soares (2021) explica que a informação, por si só, é um elemento intangível, embora suscetível de valoração econômica, sendo considerada um vocábulo de múltiplos sentidos. A autora também chama a atenção para as duas dimensões da informação no campo do direito da saúde: uma negativa (necessidade de proteção dos dados pessoais em respeito ao sigilo profissional); e uma positiva (direito do paciente de receber as informações necessárias por parte do médico e o correlato dever deste em fornecer tais informações).

As etapas anteriores à deliberação em matéria de saúde são variáveis, mas, no geral, quando se trata de tratamento ou intervenção médica (ato médico direto) as etapas de divulgação e recomendação envolvem os esclarecimentos prévios necessários à tomada da decisão, que

devem ser repassados ao paciente de forma clara e razoavelmente precisa a respeito do diagnóstico, dos custos do procedimento, das etapas e duração do tratamento (caso seja necessário fracionar), do eventual corpo clínico necessário para participar de todas as intervenções (caso haja mais de uma), bem como das opções de tratamento disponíveis com os ônus e bônus de cada uma delas, inclusive riscos (LIMA, 2021).

O repasse das informações ao paciente também varia a depender da gravidade da enfermidade ou dos riscos envolvidos (ideia de riscos típicos e atípicos), pois quanto maior a potencialidade de dano ao paciente, maior deve ser a carga informativa. Não há como comparar o dever de informação que recai sobre o médico no caso de um tumor cancerígeno grave com o dever de informação correspondente ao caso de uma simples infecção urinária (LIMA, 2017). Gogliano (2009) afirma que é a situação apresentada ao médico que vai comandar a situação, não existindo um padrão. Tudo vai depender da personalidade e características do paciente e do grau e tipo da enfermidade, já que tanto o excesso (possível agravamento da angústia e da dor) quanto a deficiência (perda de uma chance na busca da cura) de informações podem ocasionar danos.

Especificamente em relação ao entendimento, Beauchamp e Faden (1986) afirmam que o profissional da saúde nunca vai ter certeza se, na prática, a apreensão das informações pelo paciente foi substancialmente adequada para que este realize uma escolha autônoma. Isso porque inúmeras variáveis podem interferir no grau da compreensão da pessoa, por mais que as intenções e atitudes do médico sejam as melhores possíveis. Deveras, algumas pessoas são mais calmas, atentas e abertas ao diálogo, enquanto outras são mais ansiosas, distraídas e fechadas, comprometendo ou mesmo bloqueando completamente o entendimento da situação. Menciona-se, igualmente, fatores como diferenças culturais e sociais, doenças mentais transitórias ou permanentes, irracionalidades momentâneas (negação dos fatos, no sentido de não aceitar como verdadeiras as informações repassadas) ou simplesmente imaturidade para lidar com as novas questões.

Apesar de reconhecer que os formulários escritos (por exemplo, checklists com perguntas e respostas objetivas do tipo sim ou não) tenham sua utilidade em determinados momentos específicos, os autores afirmam que o método por excelência para confirmar o nível de entendimento dos pacientes é o feedback, pois se após a implementação deste ainda restar algum tipo de confusão ou mal-entendido é possível que o ciclo de trocas de informação continue até que as partes estejam satisfeitas, isto é, até que cheguem ao consenso de que um

entendimento substancial foi alcançado por intermédio de uma comunicação efetiva (BEAUCHAMP; FADEN, 1986).

Esse ponto de vista encontra ressonância na visão de Pires (2020), que, inspirando-se em Habermas, ressalta a importância de um processo comunicativo livre e igualitário na formação do consentimento informado, pois quando se trata da saúde humana é preciso que se leve em conta não somente os aspectos técnicos da informação, mas também a qualidade desta e, principalmente, a maneira escolhida pelo profissional para fazer com que o conhecimento por ele detido seja recepcionado da melhor forma pela pessoa que se encontra do outro lado da relação (ideia de racionalidade comunicativa).

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não disponha de uma regulamentação específica a respeito de como o dever de informação deve ser atendido, não prescrevendo um passo-a-passo a ser observado, para os fins do presente artigo, entende-se que o melhor caminho é aquele em que um processo dialógico é estabelecido entre médico e paciente, em que uma ponte é construída através da troca de informações recíprocas, manifestando as duas partes interesse efetivo e real tanto em informar como em ser informado.

Nesse diálogo, o médico deve atentar para o fato de que ele é o detentor do conhecimento técnico, portanto, é importante que o profissional provoque o seu interlocutor a respeito de fatos que podem ser importantes na investigação do problema e no desenrolar do tratamento, já que o paciente pode deixar passar despercebido um único detalhe que explicaria todo o ocorrido. É crucial que o profissional da saúde repasse as informações mais básicas e elementares, mas que foque naquelas que são mais relevantes quanto ao caminho proposto.

Por outro lado, tendo em vista o fator humano, entende-se plausível que o médico não seja obrigado a esmiuçar toda e qualquer informação de somenos relevância, entrando em cena, neste ponto, o interesse do paciente em obter algum dado que ele repete do seu interesse. Portanto, uma vez manifestado o desejo do paciente em ser informado a respeito de algo, o médico deve cumprir com seu dever, mesmo que este entenda que a informação requerida não tenha tanta magnitude. Entender o contrário seria transferir ao profissional da saúde todo o ônus da relação, ficando o paciente numa posição de extrema vantagem, por mais que exista uma desigualdade técnica e, muitas vezes, social nesse tipo de liame jurídico, indo na contramão do princípio do equilíbrio e da função social dos contratos.

#### 4 A REVOGAÇÃO PARCIAL DA LEI Nº 9.263/96 (LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR - LPF) E O CONSENTIMENTO INFORMADO NO PROCEDIMENTO DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA FEMININA

O art. 226, caput, da CF afirma que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e dispõe, no § 7º, sobre o planejamento familiar, alicerçando-o nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e assegurando que ele seja fruto da livre decisão do casal, “competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

A fim de regulamentar o art. 226, § 7º, da CF, foi editada a LPF que prevê, logo no art. 1º, o planejamento familiar como sendo um direito de todo cidadão, devendo esse direito ser entendido “como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, conforme o art. 2º da mesma lei. O mesmo diploma legal preconiza, no art. 4º, que “o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade” e, no art. 5º, dispõe que ser dever do Estado “promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar”.

A grande celeuma que circundava a redação original da lei, contudo, dizia respeito à constitucionalidade do § 5º do art. 10, pois este parágrafo mencionava que a esterilização, na constância do casamento, dependeria do consentimento expresso de ambos os cônjuges. Assim, no processo de formação do consentimento informado da esterilização voluntária, à luz da redação original do §5º do art. 10 da LPF, era preciso incluir, no iter procedimental, não somente a anuência do paciente, mas também a autorização do consorte (de forma autônoma, livre e consciente, sem influências substanciais de terceiros), bem como a necessidade de que o médico cumprisse com os seus deveres informativos em relação a ambos, deveres estes que, conforme já mencionado no presente estudo, devem anteceder a própria entrega dos termos do consentimento e da decisão. Alguns levantavam dúvida, igualmente, a respeito do inciso I do art. 10 da lei, que previa a idade mínima de 25 anos ou uma prole mínima de dois, caso tivesse menos do que aquela idade.

No meio acadêmico, muitos estudiosos já levantavam a bandeira pela declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos. Com efeito, após expor o resultado de uma

pesquisa realizada no ano de 1996 pela Pesquisa Nacional sobre Demografia e Saúde, Lima e Pires (2019) concluíram que, infelizmente, “ainda prevalece no Brasil a cultura de que a mulher é a responsável pela limitação da quantidade de filhos nas famílias”, fato que fica claro diante dos dados que apontam que a “utilização de pílula anticoncepcional e laqueadura tubária representavam, juntas, 56,5% do total de métodos contraceptivos”. É por isso que, na visão dos autores, a autorização do consorte para fins de esterilização da mulher não era compatível com o direito à autodeterminação da pessoa, já que isso seria compatibilizar um direito de natureza personalíssima (regência de seus próprios interesses) com o regime da cotitularidade.

Strapasson e Barboza (2022) afirmam que a quantidade de crianças sem o nome paterno no registro de nascimento, o aumento da taxa de fecundidade na população feminina de menor escolaridade e renda (dependência do parceiro e consequente submissão), a cultura centrada na figura do homem (mulher ainda vista como principal responsável pelo controle de natalidade e pela educação da prole), a possibilidade de adoção em caso de arrependimento da esterilização e o vínculo definitivo que se estabelece entre mães e filhos após o nascimento são fatores que demonstravam a inconstitucionalidade da lei no ponto em que exigia a autorização do consorte para fins de esterilização.

Em face da antinomia entre referidos dispositivos da lei e o texto da Constituição, foram propostas, perante o STF, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI): uma foi proposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) e impugnava apenas o § 5º do art. 10 (ADI 5097) e a outra foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e combatia o § 5º e o inciso I do art. 10 da lei (ADI 5911).

Na ADI 5097 (BRASIL, 2014), sustentava-se a inconstitucionalidade do § 5º do art. 10 da lei em razão da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da intervenção mínima no Direito de Família, sendo que, de acordo com este último, o Estado deve intervir apenas de forma excepcional nas relações familiares, respeitando a liberdade e a autonomia privada dos indivíduos, o que não acontece quando se condiciona a esterilização voluntária à anuência do consorte. Alegava-se, igualmente, que o termo “planejamento familiar” deveria ser entendido como “planejamento reprodutivo”, mudança terminológica importante que engloba pessoas que não desejam ter filhos e constituir família. Consignava-se que o Estado deveria atuar positivamente para garantir aos cidadãos as informações necessárias a respeito de um planejamento familiar adequado e consciente (direito à educação) e os métodos

contraceptivos e conceptivos apropriados para cada caso, bem como abster-se de atuar quando o que está em jogo são as escolhas realizadas pelo núcleo familiar acerca do assunto<sup>1</sup>.

Por sua vez, na ADI 5911 (BRASIL, 2018), afirmou-se uma ingerência excessiva do Estado na vida das mulheres (violação à liberdade individual e à autonomia privada), pois o corpo não seria um meio para atingir o fim último da procriação, mas sim um fim em si mesmo (felicidade e realização do ser). Muito embora os direitos reprodutivos e sexuais tenham caráter personalíssimo, os dispositivos legais questionados transferiam de forma indevida a um terceiro, ainda que seja o próprio cônjuge, a titularidade de tais direitos. Ademais, defendeu-se que, embora a lei garantisse uma igualdade formal entre homens e mulheres, pois não fazia distinção entre ambos, a igualdade material entre os sexos não era perseguida e nem garantida, pois é notório que o sexo feminino, quando comparado ao masculino, não é detentor da mesma liberdade e poder de escolha no ambiente familiar. Sobre o requisito da idade mínima de 25 anos, consignou-se na ADI 5911 que tal restrição etária não seria compatível com a maioridade civil prevista no Código Civil de 2002, qual seja 18 anos, e que habilita a pessoa para a prática de todos os atos da vida civil, inclusive a adoção. Já em relação à necessidade de ter dois filhos anteriores para aqueles que são menores de 25 anos, expôs-se que a lei estabelecia um verdadeiro dever de procriação mínimo, indo na contramão da ideia de livre planejamento familiar previsto na CF<sup>2</sup>.

No plano legislativo, dá-se destaque a dois projetos de lei sobre a questão em debate. O Projeto de Lei (PL) nº 3637/2012<sup>3</sup> propunha a supressão do § 5º do art. 10 da lei sob o argumento de que a exigência de autorização do parceiro seria, em verdade, equiparar o corpo do indivíduo aos bens materiais que compõem a relação conjugal, uma vez que estes demandam autorização semelhante para serem alienados.

Já o PL nº 7364/2014 (BRASIL, 2014) propunha a revogação do mesmo dispositivo ao fundamento de que a LPF, em sua redação original, não entendia o planejamento familiar como fruto de consenso do casal, mas, sim, de decisão individual, considerando o disposto no art. 9º

---

<sup>1</sup> A ADI 5097 foi julgada prejudicada no dia 14-09-2022, em razão da revogação do § 5º do art. 10 da LPF pela Lei nº 14.443/2022, tendo transitado em julgado no dia 07-10-2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>.

<sup>2</sup> Sobre a ADI 5911, o processo foi retirado de mesa no dia 08-09-2022 e, no dia 26-09-2022, o relator proferiu despacho para determinar a intimação do requerente para aditar a petição inicial, se fosse o caso. No dia 20-10-2022 houve o aditamento da petição inicial. No dia 03-10-2022 a ação foi concluída ao relator "com o parecer do Procurador-Geral da República pela prejudicialidade da ação quanto ao § 5º do art. 10 da Lei 9.263/1996 e, quanto ao inciso I do art. 10 do mesmo diploma, pela procedência do pedido, para que seja declarada inconstitucional a exigência da idade de 25 (redação anterior) e 21 (redação atual) anos ou de 2 filhos vivos para a realização do procedimento de esterilização cirúrgica voluntária". Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>>.

<sup>3</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 3637, de 2012. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=540322>. Acesso em: 19 mai. 2022.

da lei, que prevê o oferecimento de “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”. Tal PL foi transformado na Lei nº 14.443/2022, responsável por revogar o § 5º do art. 10º da LPF e, portanto, pôs fim ao consentimento expresso do cônjuge para a esterilização voluntária. A mudança na lei foi bem-vinda e representa uma transmutação de perspectiva, na medida em que a novel legislação incorporou a ideia de respeito pela autodeterminação da mulher, isto é, como um valor que deve ser perseguido e preservado. Ganha o sexo feminino e ganha a sociedade como um todo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão da extensão do tema, o presente artigo não teve a pretensão de abarcar todos os aspectos que envolvem o processo de formação do consentimento informado na relação médico-paciente, embora tenha desejado contribuir com uma compreensão mais atual do assunto, fazendo com que a anuência do paciente deixe de ser vista como uma simples assinatura em documento formal, liberando automaticamente o médico, a clínica ou o hospital de suas responsabilidades perante aquele.

É preciso repensar a forma como o instituto vem sendo interpretado e tratado pelas instituições e profissionais da saúde, assim como chamar a atenção do Legislativo acerca da importância do tema, a fim de que haja um regramento específico do assunto no Brasil, trazendo mais segurança jurídica, como já acontece em alguns países, a exemplo da Espanha. Vale lembrar que as políticas de consentimento devem ser formuladas tomando como referência um modelo de escolha autônoma, mas também considerando o que é justo e razoável exigir-se em cada circunstância dos profissionais da saúde.

É preciso que o Judiciário brasileiro, igualmente, veja a questão com mais sensibilidade, tentando resolver os casos sub judice não apenas em termos de regras institucionais sobre capacidade, mas também em termos de autonomia da decisão e do correto entendimento da situação. Aqui, destaca-se a importância de ser estabelecido um processo dialógico entre médico e paciente, em que uma ponte é construída através da troca de informações recíprocas, manifestando as duas partes interesse efetivo e real tanto em informar como em ser informado.

Quando se pensa no processo de formação do consentimento informado no procedimento de esterilização voluntária feminina, que, de acordo com a redação original da LPF, necessitava não só do consentimento da paciente, mas também da autorização do consorte, a

nova redação dada ao § 5º, art. 10, da LPF, vai ao encontro da teoria do consentimento informado, uma vez que a autodeterminação em matéria de saúde enquadra-se no rol seletivo dos direitos de personalidade, e, enquanto tal, seu exercício é pessoal, sendo incompatível com a ideia de cotitularidade.

## REFERÊNCIAS

- BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. *Revista Bioética*, v. 8, n. 2, p. 285-298, 2009.
- BEAUCHAMP, Tom L. **Autonomy and consent**. In: MILLER, Franklin G.; WERTHEIMER, Alan. *The ethics of consent: theory and practice*. Nova Iorque: Oxford, p. 55-78, 2010.
- BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986.
- BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth. **Informed consent**. In: STEPHEN, Gerrard Post (ed.). *Encyclopedia of bioethics*. Nova Iorque: Thomson Gale, v. 3, p. 1277-1280, 1995.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. O Código Civil e o direito da personalidade. *Revista do CEPEJ*, n. 11, p. 37-64, 2009.
- BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 22 jun. 2022.
- BRASIL. Código de Ética Médica: **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Conselho Federal de Medicina. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 23 jun. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 3637, de 2012**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=540322>. Acesso em: 19 mai. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 7364, de 2014**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611328>. Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1540580/DF**. Quarta Turma. Relator Ministro Lázaro Guimarães (desembargador convocado do TRF 5ª Região), Relator para Acórdão Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 4 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5097, DF. 2014. Relator: min. Nunes Marques. **Diário da Justiça da União**. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5911, DF. 2018. Relator: min. Nunes Marques. **Diário da Justiça da União**. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>. Acesso em: 19 mai. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, 2014.

GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 509-547, 2009.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEÓN, Carmen González. La protección del paciente y el consentimiento informado. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 6, n. 12, p. 15-32, jul./dez. 2009.

LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá. **El consentimiento informado: estudio comparativo de los sistemas español y brasileño de protección al paciente**. Salamanca: Ratio Legis, 2017.

LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá. O consentimento informado na teoria das obrigações. **Revista de direito civil contemporâneo**, v. 29, p. 147-172, out./dez. 2021.

LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá; PIRES, Gabriela Cronemberger Rufino Freitas. Consentimento informado na esterilização voluntária feminina: uma análise do art. 10, § 5º, da Lei Nº 9263/96 (lei do planejamento familiar) à luz da autonomia da mulher. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 6, n. 1, 2019.

LOPES JUNIOR, Dalmir. Conceito e prática do consentimento informado: uma análise das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 18, n. 28, p. 231-256, 2020.

- LORENZO Y MONTERO, Ricardo de; SÁNCHEZ CARO, Javier. Consentimiento informado. In: GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, José M.; SANZ LARRUGA, Javier; JUANE SÁNCHEZ, Miguel (coord.). **Lecciones de derecho sanitario**. A Coruña: Universidad da Coruña, 1999. p. 209-219.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PIRES, Gabriela Cronemberger Rufino Freitas. **Consentimento informado como autodeterminação em matéria de saúde: capacidade para consentir e heterorrepresentação**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2020.
- PRATES, Jane Cruz; PRATES, Flavio Cruz. Problematizando o uso da técnica de Análise Documental no Serviço Social e no Direito. **Sociedade em Debate (UCPel)**, v. 15, n. 2, p. 111-125, jun. 2012.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, 2004.
- SEOANE, José Antonio. La construcción jurídica de la autonomía del paciente. **Eidon**, v. 39, p. 13-34, jan./jul. 2013.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. São Paulo: Editora Foco, 2021.
- STRAPASSON, Kamila Maria; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização voluntária ao consentimento de terceiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 139-160, abr./jun. 2022.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Progresso, p. 227-248, 2016.

# O ACESSO À ENERGIA ELÉTRICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

---

## Paulo Henrique Carvalho Almeida

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo, bem como em Direito Penal e Processo Penal, ambas pela Escola Superior da Advocacia do Piauí (ESAPI). Advogado.

## Sebastião Patrício Mendes da Costa

Pós-Doutorado em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universität Augsburg (Alemanha). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da Universidade Federal do Piauí (UFPI).

---

**Resumo:** O presente estudo tem a pretensão de aferir se a energia elétrica pode ser considerada um direito fundamental. Em primeiro lugar, a pesquisa busca traçar breves comentários acerca da prestação de serviço público, demonstrando como se dá o fornecimento da energia elétrica no Brasil. Adiante, o estudo apresenta os fundamentos da dignidade da pessoa humana, assim como as premissas dos direitos fundamentais contidos no ordenamento jurídico brasileiro. Logo em seguida, verifica-se a relação entre o direito fundamental à moradia esculpido no sistema normativo brasileiro e o acesso à energia elétrica. Por fim, a pesquisa relaciona a prestação do serviço público de energia elétrica com as premissas do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a fim de verificar se o acesso à energia elétrica pode ser considerado um direito fundamental. Para alcançar os objetivos propostos nestas linhas, o presente estudo utiliza-se da pesquisa de natureza bibliográfico e documental, aliada ao método indutivo, com uma abordagem qualitativa.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Acesso à energia elétrica. Mudanças na ordem constitucional.

*Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1 INTRODUÇÃO

Os grandes avanços da humanidade foram resultados das descobertas do ser humano durante o seu caminhar pela história do mundo. Uma das invenções que teve grande importância para a história e o progresso da humanidade foi a eletricidade. Foi com a descoberta da eletricidade que a ciência e a tecnologia conseguiram evoluir e chegar ao que se conhece hoje.

Inegavelmente inúmeras são as necessidades humanas que podem propiciar uma qualidade de vida. Entretanto, todas elas estão ligadas direta e indiretamente ao acesso de outros bens, como é o caso da energia elétrica.

O presente trabalho, nesse sentido, ao ter como problema a questão de existir ou não um direito fundamental ao acesso à energia elétrica, tem como hipótese a asserção de que o acesso à energia elétrica pode ser considerado um direito fundamental relativizado, pois o Estado não possui meios suficientes de assegurar a efetividade deste direito sem existir uma contraprestação dos beneficiários.

Dessa forma, tendo em vista as particularidades que adornam o presente estudo, o objetivo geral desse trabalho, portanto, revela-se na tarefa de analisar as premissas do acesso à energia elétrica, a fim de verificar se direito representa um direito fundamental para o sistema normativo brasileiro.

Especificamente, o estudo busca traçar, no primeiro momento, breves comentários acerca da prestação de serviço público, demonstrando como se dá o fornecimento da energia elétrica, para, logo adiante, expor os fundamentos da dignidade da pessoa humana e apresentar as premissas dos direitos fundamentais contidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Em sequência, a pesquisa apresenta a relação entre o direito fundamental à moradia e o acesso à energia elétrica, demonstrando o grau de importância do acesso à energia elétrica para os direitos fundamentais postos no texto constitucional, como é o caso do direito à moradia.

No final, a pesquisa busca relacionar a prestação do serviço público de energia elétrica com as premissas do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a fim de verificar se o acesso à energia elétrica pode ser considerado um direito fundamental para o sistema normativo brasileiro.

Trata-se de uma pesquisa exploratória de natureza bibliográfica e documental, com uma abordagem qualitativa, pois busca realizar um estudo minucioso das fontes e embasar as linhas deste estudo com dados colhidos em artigos científicos publicados em periódicos eletrônicos, obras jurídicas nacionais e internacionais, e material legislativo que abordam o tema proposto.

## 2 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 175, assevera que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, seja direta ou sob regime de concessão ou permissão, e sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (BRASIL, 1988). Segundo Eizirik (1994, p. 44, grifo do autor), os serviços públicos “[...] constituem as atividades de oferecimento de comodidades, fruíveis pelos administrados, prestados diretamente pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, como ocorre no caso da *concessão*, sob um regime de direito público”.

Desse modo, é possível observar que a prestação dos serviços públicos pode se dar de duas maneiras: de forma centralizada, pela administração direta, ou de forma descentralizada, pela administração indireta ou pelas empresas privadas que prestam serviços públicos. Essa prestação direta é dada pelos próprios entes federativos, ou seja, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, caracterizando assim a sua forma centralizada (CARVALHO, 2018).

Ocorre, porém, que pela particularidade do serviço público a ser prestados pelos entes federativos, e visando uma maior efetividade, o ente descentraliza a prestação do serviço público para os entes da administração pública indireta, através de contratos administrativos de concessão e permissão dos serviços públicos, mantendo-o controle de tais serviço pelo ente centralizado (CARVALHO, 2018).

Nesse seguimento, Abreu e Silva (2009, p. 178) afirmam que:

O Estado passou a abrir espaço para a atuação privada na prestação de serviços, através de processos de privatizações ou concessões. Em ambos os casos, é imprescindível a existência de regras claras e atratividade para a atuação do setor privado. Ademais, apesar de esses dois modelos apresentarem algumas características semelhantes, um ponto principal entre eles é bastante distinto: a privatização corresponde a um ato irrevogável, de caráter permanente, ao passo que a concessão apresenta um período de tempo determinado

A regulamentação dos institutos jurídicos de concessão e permissão dos serviços públicos é dada pela Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), que disciplina e regulamenta o regime de tais institutos. Salienta-se que muito embora haja uma similaridade entre os institutos de concessão e permissão, inclusive no tocante à natureza jurídica, o entendimento definindo é que não há qualquer distinção, devendo ser considerados contratos administrativos.

Dessa maneira, coube ao artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95, definir que a prestação dos serviços públicos através da concessão pode ser feita pelo poder concedente, por meio de

licitação, sob a modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoas jurídicas ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para seu desempenho, bem como sob sua conta e risco e prazo determinado (BRASIL, 1995).

De acordo com Abreu e Silva (2009, p. 179):

[...] o Poder Concedente repassa a prestação de serviços através de contratos passíveis de fiscalização. Estes contratos devem ter como base as seguintes premissas: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e baixas tarifas. Fica a cargo do Poder Concedente a fiscalização e regulamentação do serviço, tais como a homologação de reajuste das tarifas aplicadas, zelando também pela competitividade. Do outro lado, a Concessionária disponibiliza o bem ou serviço acordado, tornando-se responsável pela execução e respondendo por eventuais prejuízos, ao Poder Concedente, aos usuários ou a terceiros.

É importante observar que não se trata de transferência de titularidade dos serviços públicos, mas apenas uma delegação da execução das atividades públicas pelo ente político, sendo a empresa concessionária remunerada por tarifas cobradas diretamente dos usuários (CARVALHO, 2018).

Por outro lado, e como dito, por mais que a permissão tenha ponto similar a concessão, coube ao artigo 2º, inciso IV da Lei nº 8.987/95, asseverar que é a delegação dos serviços públicos é dada a título precário, mediante licitação, pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (BRASIL, 1995). Percebe-se que a permissão dispõe de caráter precário, ou seja, podendo ser o ato desfeito a qualquer tempo pelo Poder Público concedente, sem ensejar qualquer indenização por parte do particular beneficiado pelo ato de permissão dos serviços públicos (CARVALHO, 2018).

Segundo Carvalho, (2018, p. 687), são apontadas três formas que distinguem os contratos de concessão e permissão do serviço público regido pela lei nº 8.987/95:

[...] quanto a modalidade de licitação, a concessão de serviços públicos deverá ser precedida (na modalidade concorrência) e a permissão admite outras modalidades de licitação, dependendo do valor contratado; quanto ao contratado, a concessão somente é celebrada com Pessoas Jurídicas ou com consórcios de empresas, ao passo que a permissão de serviços públicos pode ser celebrada com Pessoa Física ou Jurídica; e quanto a autorização legislativa, a concessão depende de autorização legislativa expressa para sua celebração e a permissão dispensa lei específica, salvo algumas permissões de natureza especial.

Ambas as figuras de concessão e permissão são de grande importância para a execução dos serviços públicos impostos pela Constituição Federal de 1988 ao Poder Público, sobretudo como meio de garantir e buscar a consecução dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil, inclusive, como é o caso dos serviços elétricos (BRASIL, 1988).

Quanto a prestação do serviço público de eletricidade, o artigo 21, inciso XII, alínea “b” da Constituição Federal de 1988 estabelece que a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidro energéticos é de competência da União (BRASIL, 1988). Isso significa que os serviços e instalações de energia elétrica tanto podem ser prestados pelo Estado como pelos particulares, através da concessão ou permissão de serviços públicos

No Brasil o acesso à energia elétrica, insumo essencial à sociedade, bem como indispensável ao desenvolvimento socioeconômico do país, é prestado pelo Poder Público através das concessionárias de serviço público, onde se é exigido dos usuários uma contraprestação pelos serviços elétricos.

Sob esse prisma de prestação de serviços públicos, surge o princípio da universalidade de acesso, que determina para à administração pública que prestar um serviço público, como, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica, o dever de assegurar de forma acessível e universal, a todos tais serviços (HACHEM, 2014).

### **3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR INTERPRETATIVO**

A Constituição Federal de 1988 apresenta em seus primeiros incisos os valores fundamentais e estruturantes do Estado brasileiro, entendidos como normas interpretativas, ou seja, princípios instrumentais (FERNANDES, 2017). Um dos princípios instrumentais basilares do ordenamento jurídico é o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Conceituar de forma certa e objetiva a dignidade da pessoa humana não é tarefa das mais simples, sobretudo no seu viés principiológico que transcende qualquer limite imposto a tal valor. De acordo com Agra (2018, p. 156) a dignidade da pessoa humana consiste em “[...] um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa”.

Dentre esses direitos pode-se encontrar o direito vida, saúde, lazer, educação, trabalho e cultura, que devem ser garantidos pelo Estado. Conforme ensina Agra (2018, p. 156), “esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica”.

A dignidade da pessoa humana é um dos valores mais importantes do Estado, sobretudo no seu aspecto principiológico, mormente por assegurar direitos, dar proteção e segurança para todos os indivíduos que vivem em harmonia na sociedade, limitando o poder estatal e protegendo contra possíveis arbitrariedades. Nas palavras de Fernandes (2017, p. 310), a dignidade da pessoa humana:

[...] irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.

É importante observar que a Constituição Federal de 1988 não inseriu a dignidade da pessoa humana no rol do artigo 5º, ou seja, dos direitos fundamentais, por considerar como fundamento e princípio basilar da República Federativa do Brasil, de modo a ser perseguido pela sociedade com o fim de alcançar o bem social (BRASIL, 1988).

Além disso, a dignidade da pessoa humana não é vista apenas como limitadora de possíveis arbitrariedades, mas também como garantidora de direitos básicos aos cidadãos, constituindo-se assim como um dos elementos primordiais do chamado mínimo existencial, ou seja, de modo a exigir do Estado que garanta os meios básicos para que todos os indivíduos que dele necessite vivam de forma digna, como por exemplo, o direito à alimentação, à educação, à moradia, à saúde etc.

Corroborando com esse entendimento, Agra (2018, p. 156) ensina que:

As condições de dignidade da pessoa humana devem ser propiciadas pelo Estado, mas não são prerrogativas outorgadas pelas entidades governamentais. Elas são preexistentes a qualquer direito estatal, advindo da qualidade inata dos seres humanos – o Estado apenas atestou a sua existência e se comprometeu a velar por elas.

É inegável que a dignidade da pessoa humana está a todo momento se concretizando com os direitos fundamentais, não se esgotando apenas na garantia de certos direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo, portanto, uma das principais garantias de todas as necessidades vitais dos indivíduos que vivem em sociedade.

Nesse sentido, Sarlet (2017, p. 343, grifo do autor) afirma que:

*a dignidade da pessoa humana assume, em certo sentido, a condição de norma de direito fundamental, o que não se confunde (pelo menos não necessariamente) com a noção de que os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontram – pelo menos em regra – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mas, sim, se traduz na ideia, amplamente difundida, de que do princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidas posições subjetivas fundamentais e deveres, ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de*

direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, que existe um direito fundamental à dignidade.

Assim, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um vetor interpretativo para os direitos fundamentais.

#### **4 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Antes de abordar as premissas dos direitos fundamentais, é relevante apresentar o conceito de “direitos humanos” e “direitos naturais”, de modo a distingui-los do conceito de “direitos fundamentais”. Ao escrever sobre o conceito de direitos fundamentais, Aragão (2013, p. 173) afirma que os direitos humanos tem como finalidade “[...] assegurar ao homem uma existência digna, expressos normativamente em diplomas internacionais e não necessariamente recepcionados pelos ordenamentos nacionais, aspecto formal que os diferencia dos direitos fundamentais”.

Embora existam alguns doutrinadores que considerem que a expressão “direitos humanos” possa ser igualmente utilizada para substituir a terminologia “direitos fundamentais”, o entendimento majoritário estabelece que os direitos humanos se referem apenas aqueles tratados na seara internacional.

De acordo com Moreira (2015, p. 90):

Apesar dos direitos humanos terem sido reconhecidos inicialmente no seio dos Estados, foi no âmbito internacional que ele conheceu novos horizontes. Avançando na proteção aos ditos direitos, o sistema jurídico internacional, muito mais do que uma tutela geral, promoveu sistemas especiais de proteção a determinadas categorias de pessoas, como mulheres, crianças e adolescentes, índios, refugiados, trabalhadores, portadores de necessidades especiais, dentre outras, bem como a certas ofensas graves contra os direitos humanos, como o genocídio, a discriminação racial e a tortura.

Ainda, nas palavras de Martins (2017, p. 727, grifo do autor):

Podemos afirmar que *direitos humanos* são os direitos previstos em tratados e demais documentos internacionais, que resguardam a pessoa humana de uma série de ingerências que podem ser praticadas pelo Estado ou por outras pessoas, bem como obrigam o Estado a realizar prestações mínimas que asseguram a todos existência [sic] digna (direitos sociais, econômicos, culturais). Ainda que não incorporados ao ordenamento jurídico de um país, são tidos como *direitos humanos*, e são capazes de influenciar o Direito Constitucional de todos os lugares, sobretudo em razão do *transconstitucionalismo* [...].

A internacionalização dos direitos humanos pode ser vista em diversos documentos internacionais, que formam um catálogo de normas internacionais protetivas de direitos humanos. Como principais documentos internacionais, tem-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foram integrados para criar a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

De acordo com Moreira (2015, p. 83), por serem encontrados na ordem jurídica internacional, os direitos humanos:

[...] funcionam como verdadeiros valores jurídicos supremos que regem a vida em sociedade, não mais aquela de outrora, isolada, fechada, mas sim a hodierna, em que as relações vão muito além das fronteiras de constitucionalismos locais de um único Estado.

Os direitos naturais, por sua vez, não são tão simples de conceituar, pois possui diversas concepções quanto a sua origem. A primeira concepção parte de um conceito divino de natureza, no qual se entende que o direito natural é uma emanção divina, ao passo que a segunda concepção de direitos humanos é oriunda da própria natureza, no qual compreende a natureza das coisas como a própria norma (RODRIGUES, 2007).

Por sua vez, a terceira e última concepção dos direitos naturais advém da razão humana. Esta concepção entende que a norma jurídica não emana da natureza ou da divindade, mas sim do ser humano, que, através do conhecimento adquirido com a vivência no meio social, estabelece normas e as coloca em prática na sociedade (RODRIGUES, 2007).

Tendo em vista as três concepções apresentadas acima, pode-se afirmar que os direitos naturais podem ser conceituados como regramentos oriundos da vontade divina, da natureza ou da consciência humana.

A conceituação dos direitos fundamentais também apresenta uma certa complexidade. Por serem frutos de uma evolução histórica, e sofrerem uma extensa ampliação e transformação, os direitos fundamentais não apresentam um conceito sintético e preciso (SILVA, 2005).

Segundo Martins (2017), os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos atribuídos à pessoa humana, que se encontram incorporados no ordenamento jurídico de um determinado país. Ou seja, são direitos que passaram pelo processo de positivação em um direito constitucional interno de um determinado Estado. Já na concepção de Sarlet (2017), os direitos fundamentais são normas jurídicas situadas no ápice do ordenamento jurídico, que gozam de supremacia hierárquica normativa e aplicação imediata, e são protegidas pelo ordenamento constitucional interno dos Estados.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais estão previstos nos artigos 5º ao 17, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Embora exista um título específico na Carta Magna que trate dos direitos fundamentais, estes direitos não se limitam apenas aos mencionados dispositivos legais (AGRA, 2018).

É pacificado na doutrina e jurisprudência que existem outros direitos fundamentais fora dos citados artigos, chamados de direitos análogos (VASCONCELOS, 2017). Conforme estabelece o § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988).

Assim, os direitos fundamentais podem ser classificados em duas espécies: direitos formal e materialmente fundamentais, que são aqueles previstos expressamente no texto constitucional; e direitos apenas materialmente fundamentais, que são aqueles direitos fundamentais que não estão fixados no texto constitucional (SARLET, 2017).

Conforme aduz Sarlet (2017), os direitos expressamente positivados, por sua vez, podem ser divididos em três subgrupos, que são: (1) os direitos fundamentais previstos no título próprio da Constituição Federal de 1988, que cuida dos direitos e garantias fundamentais; (2) os direitos fundamentais que se encontram em outras partes do texto constitucional; e (3) os direitos fundamentais consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos.

Todos os direitos fixados no Título II da Constituição Federal são considerados direitos fundamentais (BRASIL, 1988). Muito embora tenha sido essa a designação dada pelo constituinte, ainda existem doutrinadores que questionam que nem todos os direitos postos no Título II são direitos fundamentais, negando a fundamentalidade de tais direitos. Acontece que a decisão do constituinte originário em fixar esses direitos em um título próprio dos direitos fundamentais acarreta uma presunção de fundamentabilidade (SARLET, 2017).

Já no tocante aos direitos fundamentais que se encontram em outras partes do texto constitucional, estes merecem uma análise argumentativa que justifique tal condição. Isto porque esses direitos não detêm uma carga de fundamentabilidade como os direitos fundamentais expressos no título próprio do texto constitucional (SARLET, 2017).

Por se tratar de um catálogo aberto de direitos fundamentais, é necessário que haja critérios de justificação da fundamentabilidade do direito que deseja enquadrar como um direito fundamental. Para isso, deve-se observar um critério geral, no qual considera como direito fundamental positivados fora do Título II da Constituição Federal os direitos que, por conteúdo e

relevância, são equiparados aos direitos fundamentais integrantes do título próprio (SARLET, 2017; BRASIL, 1988).

Além desse critério geral, a identificação de direitos fundamentais deverá observar a abertura para o reconhecimento de direitos fundamentais não explícitos, como previsto pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde prevê que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (SILVA, 2021).

Dentre os princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana assume o ponto central para a identificação dos direitos fundamentais, uma vez que este princípio carrega em si mesmo a fundamentabilidade de garantia de uma vida digna para a pessoa humana (SARLET, 2017). Assim, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana como critério basilar para a dedução de direitos fundamentais decorrentes.

No que diz respeito aos direitos fundamentais consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos, cumpre destacar que o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), faz menção apenas aos tratados internacionais, e não as convenções ou outros documentos internacionais que possuem conteúdo de direitos humanos. Entretanto, conforme aduz Sarlet (2017), o entendimento unânime da doutrina é que a expressão “tratados internacionais” foi aplicada como uma expressão genérica, englobando, portanto, diversos documentos internacionais que tratam de direitos humanos. Logo, deve-se incluir as convenções e os pactos de direitos humanos, bem como outros documentos que tratem de direitos humanos, onde se lê “tratados internacionais” no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para que os direitos humanos previstos nos documentos internacionais sejam considerados como direitos fundamentais no âmbito do direito constitucional interno, é necessário que esses documentos ingressem na ordem interna. Para tanto, os documentos internacionais devem passar por um procedimento formal de incorporação, no qual há uma interação entre ato do Poder Executivo e ato do Poder Legislativo, conforme estabelecido pelo artigo 84, inciso VIII, e artigo 5º, § 3º, ambos da Constituição Federal (SARLET, 2017; BRASIL, 1988).

## 5 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E O ACESSO À ENERGIA ELÉTRICA

O primeiro reconhecimento expresso do direito à moradia se deu na ordem jurídica internacional. Foi no texto da Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) que a moradia foi realçada como um direito do ser humano:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (BRASIL, 2013, p. 23).

De acordo com Sarlet (2009), com o reconhecimento do direito à moradia na Declaração Universal de Direitos Humanos, outros documentos internacionais passaram a reconhecer a moradia como um direito, como é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, no qual o Brasil é signatário. Segundo o artigo 11 do mencionado documento internacional:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (BRASIL, 1992).

Em que pese o Brasil seja signatário da Declaração Universal dos Direitos do Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômico e Cultural, o direito à moradia não foi incorporado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Foi somente com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, que o direito à moradia foi acrescido à Magna Carta (BRASIL, 1988).

Com a inclusão do direito à moradia no direito constitucional brasileiro, a moradia ganhou o status de direito fundamental social. Conforme estabelece o artigo 6º esculpido na Constituição Federal de 1988, são considerados direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Por ser um direito social, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar políticas públicas de habitação que assegurem a efetividade do direito à moradia. Ou seja, é um dever do Estado

promover programas e ações públicas que tratem a questão habitacional como um componente essencial da vida humana.

De acordo com o artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, é competência comum dos entes federados “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (BRASIL, 1988). Logo, o direito à moradia, como direito fundamental e social, deve ser visto sobre o aspecto da hipossuficiência de pessoas, ou seja, na dimensão positiva, de modo que as pessoas desamparadas e que não possuem recursos financeiros suficientes ao acesso à tal direito possa exigir do Estado o acesso a abrigos públicos, sobretudo em busca da concretização da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, deve ser observada a dimensão negativa de tal direito, sendo aquele que garante a proteção à moradia contra interferências indevidas do Estado e dos particulares (NOVELINO, 2018).

Desse modo, o direito à moradia deve ser perseguido enfaticamente pelo Poder Público, levando em consideração todas as situações fáticas e jurídicas para a sua efetividade (NOVELINO, 2018).

No entanto, não basta a garantia de uma moradia, é importante que esta moradia seja um lugar adequado para viver. Conforme estabelece o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, o direito à moradia se inclui entre as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família. Assim, para que a moradia seja adequada ao ser humano, é necessário que a ofereça segurança e conforto, de modo a propiciar uma qualidade de vida para o morador (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o direito à moradia pode ser tido como um dos principais direitos fundamentais previstos na Constituição Fundamental de 1988, tendo em vista que a sua plena garantia pressupõe uma moradia adequada, com todas as condições a sua efetividade, como higiene, conforto, de modo a preservar a intimidade e privacidades das pessoas que a habitam (NOVELINO, 2018).

A moradia está diretamente ligada à condição de vida da pessoa humana. É na moradia que o ser humano encontra um lugar para descansar, se alimentar, estudar, ter seu lazer e, algumas vezes, até exercer sua profissão.

O acesso à energia elétrica, por sua vez, é essencial para a moradia adequada, visto sua multiplicidade de uso. Como se sabe, a energia elétrica é um bem imprescindível ao ser humano (COSTA; REIS, 2022), de tal maneira que é utilizada para a alimentação das luzes internas e externas da moradia, bem como dos eletrodomésticos, sendo alguns utilizados para a conservação e preparação dos alimentos, e outros para a comunicação, estudo e informação.

Dessa forma, só pode existir uma moradia adequada se nela estiver incluído o acesso à eletricidade. Por este motivo, a eletricidade é considerada um elemento fundamental para atender as necessidades humanas e, conseqüentemente, melhorar a qualidade de vida do ser humano.

## **6 EXISTE UM DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À ENERGIA ELÉTRICA?**

Para verificar se o acesso à energia elétrica pode ser concebido como um direito fundamental é necessário partir das premissas dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana apresentados anteriormente.

Ao apresentar as premissas dos direitos fundamentais ficou claro que estes direitos não se limitam apenas aqueles fixados no título próprio da Constituição Federal, uma vez que a própria norma constitucional afirma ser possível o reconhecimento de outros direitos como fundamentais, quando estes forem decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo direito constitucional, ou, ainda, dos tratados internacionais o qual o Brasil é signatário.

Conforme visto, o princípio da dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos inerentes ao ser humano, isto porque, além de ser um valor fundamental para o Estado, também é um vetor interpretativo dos direitos fundamentais. Isso quer dizer que a análise da aplicação dos direitos fundamentais tem sempre que ser feita sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por se tratar de um princípio garantidor de direitos básicos aos cidadãos, considerado, ainda, um elemento primordial para o mínimo existencial e uma vida digna, o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente previstos na ordem constitucional, mas que são destinados à proteção da dignidade. Logo, é possível reconhecer um direito fundamental ao acesso à energia elétrica como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, já que este princípio reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para que o ser humano tenha uma vida com dignidade.

Além disso, ficou claro que o acesso à energia elétrica tem uma conexão com outros direitos fundamentais expressamente positivados na ordem constitucional brasileira, como é o caso do direito à moradia. Como visto, o acesso à energia elétrica é necessário para proteger e satisfazer outros direitos básicos.

Assim, é observado o caráter fundamental e essencial do o acesso à energia elétrica para a sociedade, sobretudo para que o Estado possa cumprir e garantir com um dos objetivos

fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tanto é que no ordenamento jurídico pátrio há diversas legislações que garantem proteção aos usuários no tocante ao consumo de energia elétrica, como o Código de Defesa do Consumidor, bem como a Lei nº 13.460/2017, que trata sobre a proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública, sem afastar outras legislações pertinentes, estabelece princípios básicos a serem observados pelos agentes públicos e pelas concessionárias de serviço público, quando da prestação e execução de tais serviços, para que se possa garantir o acesso amplo e efetivo à energia elétrica, de modo a assegurar o mínimo existencial aos cidadãos.

Desse modo, resta assegurado que o acesso à energia elétrica constitui um direito básico da pessoa humana, o que aponta para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental ao acesso à energia elétrica.

Ainda nessa linha de raciocínio, tem-se que destacar que o reconhecimento do acesso à energia elétrica como direito fundamental não pode afastar a contraprestação feita pelo ser humano, visto que o Estado não tem como garantir a prestação do serviço público de energia elétrica sem que haja uma contraprestação por parte daqueles que consomem a eletricidade.

Portanto, deve-se reconhecer a eletricidade como um direito fundamental social, ficando este direito ao lado dos direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando a problemática que esta pesquisa buscou responder, pode-se considerar os seguintes aspectos, que os direitos fundamentais não se limitam apenas aqueles fixados no título próprio da Constituição da República Federativa do Brasil, diante do dispositivo constitucional que reconhece a possibilidade de existirem direitos fundamentais dispersos. Além disso, demonstrou-se que a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar para a identificação de outros direitos fundamentais.

Com a análise das premissas dos direitos fundamentais em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, e a exposição do direito à moradia como direito fundamental conexo com a eletricidade, chegou-se as seguintes considerações, que o acesso à energia elétrica pode ser reconhecida como um direito fundamental, mas um direito fundamental social, visto que

a sua efetivação, isto é, a prestação do serviço público de energia elétrica, não pode ser executada pelo Estado sem que haja uma contraprestação por parte daqueles que consomem a eletricidade.

Para tanto, no primeiro tópico, após a introdução, foram feitas breves considerações a respeito da prestação do serviço público de energia elétrica, partindo de uma visão geral até uma visão específica, onde foi possível expor o conceito de prestação de serviço público e os fundamentos legais da permissão e concessão do serviço público.

Em seguida, no segundo tópico de desenvolvimento, foi apresentado o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento estruturante do ordenamento jurídico brasileiro e princípios interpretativos dos direitos fundamentais.

No terceiro tópico, por sua vez, foram expostas as premissas dos direitos fundamentais, mostrando sua conceituação, pressupostos legais, e o procedimento de identificação dos direitos fundamentais dispersos no texto constitucional decorrentes de regime e princípios, bem como de documentos internacionais de conteúdo de direitos humanos.

Logo em seguida, no quarto capítulo foi apresentado o direito fundamental social à moradia, expondo a sua origem, fundamentação legal interna e internacional, bem como sua relação com a eletricidade.

Com a obtenção dos resultados, isto é, com a verificação da possibilidade de reconhecimento da eletricidade como direito fundamental, a pesquisa buscou trazer uma maior segurança jurídica na execução desse direito pelas prestadoras de serviço público de energia elétrica.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Bruno Valandares de; SILVA, Thiago Caliani. Novos paradigmas para a administração pública: análise de processos de concessão e parceria público-privada em rodovias brasileiras. **Administração Pública e Gestão Social**, Viçosa, vol. 1, n. 2, p. 175-197, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=351556473004>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Conceito analítico de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 7, n. 22, p. 170-193, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/272>. Acesso em 25 maio 2022.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação, Brasília, DF, jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, Brasília, DF, jul. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federa. Direitos Humanos – **Atos internacionais e normas correlatas**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da; REIS, Emmanuel Rocha. **Direito de energia, regulação e mudanças institucionais**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Editora Fundação Fênix, 2022.

EIZIRIK, Nelson. Concessão de serviço público – tendências legislativas. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 196, p. 43-48, abr./jun. 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46291/47310/98355>. Acesso em 20 maio 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL**, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/106>. Acesso em 13 maio 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

RODRIGUES, Francisco Hudson Pereira. **Direito natural x direito positivo**. 2007. 52f. Monografia (Especialização em Administração Judiciária) – Universidade Estadual Vale do Acaraú, Fortaleza, 2007. Disponível em: <https://bdjur.tjce.jus.br/jspui/handle/123456789/276>. Acesso em: 25 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/o-direito-fundamental-a-moradia-na-constituicao-algumas-anotacoes-a-respeito-de-seu-contexto-conteudo-e-possivel-eficacia>. Acesso em 25 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1. ed., 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



# A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB O ASPECTO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO

---

Maria Claudia Almendra Freitas Veloso

Mestranda em Direito na Universidade Federal do Piauí (UFPI). Advogada.

Olivia Brandão Melo Campelo

Doutora em Filosofia do Direito na PUC/SP. Mestra em Teoria e Filosofia do Direito e do Estado na PUC/SP e especialista em Direito Constitucional na PUC/SP.

Lilia Martins Vilarinho Brandão de Pádua

Mestre em Direito na Universidade Federal do Piauí (UFPI).

---

**Resumo:** Com o avanço das transformações sociais, é cada vez mais comum a existência de famílias simultâneas, ou seja, famílias nas quais um indivíduo mantém relações afetivas e familiares estáveis com mais de um parceiro ou parceira. No contexto jurídico, a qualificação das famílias simultâneas é um tema complexo e desafiador, pois envolve questões relacionadas ao direito de família, à igualdade de gênero e à proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, faz-se necessária a investigação de como a jurisdição constitucional brasileira tem abordado essa temática, com especial destaque para a configuração do poliamor, especialmente no que diz respeito às demandas de reconhecimento e proteção dessas famílias a partir da perspectiva da mulher. Assim, o presente artigo objetiva analisar a qualificação jurídica das famílias simultâneas na jurisdição constitucional brasileira, levando em consideração a perspectiva de gênero. Será realizada uma revisão bibliográfica abrangente, além da análise crítica de decisões judiciais relevantes acerca do assunto, buscando identificar tendências e desafios presentes na jurisdição constitucional brasileira.

**Palavras-chave:** Famílias simultâneas; Direito de Família; Igualdade de gênero; Jurisdição constitucional; Poliamor.

*Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1 INTRODUÇÃO

As famílias simultâneas possuem suas raízes em diferentes culturas e contextos históricos ao redor do mundo. Essas configurações familiares existem há séculos e podem ser encontradas em diferentes períodos da história e em diversas regiões geográficas. Em muitas culturas antigas, como a egípcia, a mesopotâmica e a romana, a prática da poligamia era comum, permitindo que um homem tivesse múltiplas esposas ao mesmo tempo. Isso refletia valores e normas sociais específicas dessas sociedades, como a concentração de poder nas mãos dos homens e a importância da linhagem e da reprodução.

Partindo dessa premissa, conceitualmente, as famílias simultâneas são aquelas em que um indivíduo mantém relações afetivas e familiares estáveis com mais de um parceiro ou parceira ao mesmo tempo. Ademais, podem assumir diferentes configurações, como poliamor, poligamia, relacionamentos abertos ou outras formas não tradicionais de relacionamento. A origem conceitual relaciona-se com a necessidade de resposta às transformações sociais, culturais e afetivas pelas quais a sociedade tem passado. Essas mudanças desafiam os modelos tradicionais de família e questionam as estruturas legais e sociais que se baseiam em noções restritas de monogamia.

No Brasil, a bigamia não é aceita legalmente, visto que o Código Penal brasileiro criminaliza o ato de contrair casamento ou estabelecer união estável com outra pessoa, mantendo um vínculo matrimonial ou de união estável já existente. Nesse cenário desenvolve-se o poliamor, e ainda não existe uma regulamentação específica no Brasil capaz de reconhecer juridicamente essas relações. O ordenamento jurídico brasileiro é baseado no princípio da monogamia, reconhecendo apenas a união estável entre duas pessoas como uma entidade familiar. Dessa forma, a poligamia ou o poliamor não são reconhecidos legalmente bem como não há amparo jurídico para as consequências advindas dessas relações, como por exemplo, a garantia de direitos sucessórios a mais de um companheiro.

No contexto jurídico, as famílias simultâneas apresentam desafios em termos de qualificação e reconhecimento legal. Enquanto as famílias monogâmicas são amplamente reconhecidas e protegidas pelo sistema jurídico, as famílias simultâneas, sobretudo as que praticam o poliamor, enfrentam barreiras e lacunas legais. A qualificação jurídica das famílias simultâneas envolve questões relacionadas ao direito de família, à igualdade de gênero e aos direitos fundamentais. É necessário repensar os princípios e normas jurídicas para garantir a proteção dos direitos e interesses das pessoas envolvidas nessas famílias, bem como a promoção da igualdade e da justiça social.

Além disso, a perspectiva de gênero é fundamental, pois deve-se considerar como as dinâmicas de poder, os estereótipos de gênero e as desigualdades podem influenciar a forma como essas famílias são percebidas e tratadas pelo sistema jurídico. Historicamente, uma grande parcela de homens mantém mais de um relacionamento: uma esposa de um casamento civil e uma companheira, que costumeiramente é chamada de amante. Devido às questões de patriarcado, essa prática partindo dos homens mais aceita socialmente, porém, quando ocorre por iniciativa das mulheres, percebe-se a intensificação da misoginia.

Dessa forma, o presente artigo busca compreender as diferentes configurações das famílias simultâneas, os desafios enfrentados no reconhecimento legal e a importância de uma abordagem sensível às questões de gênero. A análise jurídica e social dessas famílias contribui para a evolução do direito de família e para uma maior inclusão e respeito às diversidades familiares na sociedade contemporânea.

## 2 CONCEITOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO DIREITO DE FAMÍLIA E À IGUALDADE DE GÊNERO

O Direito de Família abrange o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações familiares e faz parte do ramo do Direito Civil, sendo assim, está inserido no âmbito do Direito Privado (MADALENO, 2022). Embora contenha princípios de ordem pública, não se confunde com o Direito Público. A família, por sua relevância social, é considerada a base da sociedade e, portanto, requer certa intervenção institucional para proteger os direitos decorrentes das relações jurídico-familiares, especialmente nas relações familiares verticais (MADALENO, 2022). Essa intervenção visa preservar os interesses fundamentais e garantir a harmonia e o equilíbrio nas relações familiares.

Embora a constituição federal de 1988 tenha introduzido os primeiros e diversos arranjos que compõem a diversidade familiar da sociedade, a promulgação da Lei 12.010, em 3 de agosto de 2009, ampliou as possibilidades para que novos modelos familiares passassem a ser expressamente reconhecidos pela legislação brasileira. Percebe-se, então, a conquista jurisdicional da liberdade de uniões alcançando uma via não-tradicional. Assim, o modelo restrito de família presente na constituição, composto apenas pela família matrimonial, pela família formada por união estável e pela família monoparental, claramente se tornou ultrapassado diante da diversidade e da evolução social.

Todavia, é imperioso salientar que a organização jurídica da família tem sido historicamente influenciada e determinada por uma moral que está intrinsecamente ligada à sexualidade (PEREIRA, 2021). Portanto, a primeira lei que fundamenta o sujeito e a cultura é a lei do direito de família, que tem suas raízes na sexualidade, visto que essa sexualidade possui grande relevância na medida em que passou a ser compreendida dentro da ordem do desejo (PEREIRA, 2021). O desejo, por sua vez, é a força motriz por trás do direito das famílias.

A estrutura e organização do direito das famílias são fortemente influenciadas pelos aspectos de sexo, casamento e reprodução, pois esses elementos formam a base sobre a qual todo o sistema jurídico relacionado à família é construído (PEREIRA, 2021). Infidelidade, investigações de paternidade, divórcio, violência doméstica, abuso sexual e novas formas de união são algumas das questões abrangidas pelo direito das famílias, e todas elas têm uma conexão direta com a sexualidade e suas manifestações. A compreensão desses aspectos é fundamental para uma análise completa e adequada do campo jurídico relacionado à família.

Para uma compreensão abrangente das relações humanas, é fundamental que se compreenda a sexualidade em seu sentido mais amplo e profundo, não limitando-a apenas à esfera da genitalidade (PEREIRA, 2021). Ela transcende o ato sexual em si e permeia todas as dimensões da existência humana, justamente por se tratar de um complexo sistema de relações, afetos e até mesmo fracassos que se entrelaçam na vivência (PEREIRA, 2021). Dessa forma, é necessário reconhecer que a sexualidade é presente e influencia todas as esferas da vida, contribuindo para uma compreensão mais rica e completa das experiências humanas.

No âmbito da organização jurídica das relações afetivas, é evidente a presença de um componente ideológico influenciado por uma moral sexual que acaba por estabelecer dinâmicas de poder e revelar as posições subjetivas dos juristas. Ao longo da história, a moral sexual civilizatória adotou majoritariamente uma perspectiva baseada na moral masculina, impondo restrições, em especial, às mulheres.

O sistema patriarcal, fundamentado na divisão sexual do trabalho, estabeleceu e perpetua uma relação de poder entre os gêneros (PEREIRA, 2021). Essa dominação de um sexo sobre o outro deixou marcas profundas em nossa cultura, que persistem até hoje, moldando e transmitindo significados e sentidos. As palavras adquiriram conotações que refletem comportamentos e condutas, e o direito, ao assimilar essas concepções, passou a expressá-las em suas formulações legais.

No Brasil, a igualdade de gênero dentro do seio familiar é garantida e protegida por diversos dispositivos legais e princípios constitucionais. A constituição federal de 1988 estabelece

como princípio fundamental a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de gênero. Além disso, a constituição também prevê a proteção da família como base da sociedade, reconhecendo a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher no âmbito familiar.

No campo legislativo, existem diversas leis que asseguram a igualdade de gênero e a proteção dos direitos das mulheres dentro da família. A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), por exemplo, busca prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa lei estabelece mecanismos de proteção, como a criação de medidas protetivas de urgência e a punição para agressores. Outro importante marco legal é a Lei nº 13.058/2014, que dispõe sobre a guarda compartilhada de filhos, garantindo aos pais igualdade de direitos e responsabilidades na criação e educação dos filhos, independentemente do estado civil ou orientação sexual. Além disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, equiparando-a à união estável entre heterossexuais. Esse reconhecimento, ocorrido em 2011 por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, reforça a igualdade de direitos independentemente da orientação sexual e o princípio da pluralidade das formas de família.

No contexto do direito das famílias, tem havido avanços significativos no sentido de garantir a igualdade de gênero, a proteção dos direitos das mulheres e o combate a estereótipos e discriminações de gênero. No entanto, é importante ressaltar que a efetivação da igualdade de gênero no seio familiar ainda enfrenta desafios sociais e culturais, que exigem uma transformação mais ampla na sociedade para a plena realização desse princípio.

### 3 FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E DESAFIOS JURÍDICOS

Conceitualmente, a simultaneidade familiar possui em seu fenômeno a abrangência de todas as circunstâncias em que uma pessoa se encontra como integrante de duas ou mais entidades familiares distintas (RUZYK, 2006). Essa abordagem oferece inúmeras possibilidades de configuração, que vão desde a existência pública e estável de múltiplas conjugalidades até situações em que filhos de pais separados mantêm relacionamentos íntegros com ambos os progenitores (RUZYK, 2006).

O aspecto fundamental dessas configurações é que não há a renúncia do afeto e da intimidade com os filhos oriundos de relacionamentos anteriores. Dessa forma, é possível observar a existência de laços afetivos múltiplos e a coexistência de diferentes estruturas familiares, onde os vínculos emocionais se mantêm preservados, mesmo diante das

transformações e reconfigurações familiares. Porém, há configurações familiares que destoam do arranjo tradicional e causam mais impacto no meio social, como as poligâmicas. Em todos os casos, são inúmeros os desafios sociais e jurídicos.

É imperioso salientar que estrutura familiar, como se concebe hodiernamente, não se originou a partir do amor entre os indivíduos, mas sim da noção de propriedade patriarcal que abarcava todos os aspectos do ambiente doméstico. Nesse contexto, a família se estabeleceu como uma instituição fundamentada na posse e controle, em que o patriarca detinha autoridade e poder sobre os demais membros do núcleo familiar.

Em sua origem, a palavra *família* não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época; – a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a família '*id est patrimonium*' (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles. "A palavra não é, pois, mais antiga que o férreo sistema familiar das tribos latinas, que nasceu ao introduzirem-se a agricultura e a escravidão legal, depois da cisão entre os gregos e latinos arianos." E Marx acrescenta: "A família moderna (...) encerra, em miniatura, todos os antagonismos que se desenvolvem, mais adiante, na sociedade e em seu Estado (ENGELS, 1979, p. 61).

A partir desse contexto descrito por Engels, a prática da monogamia fortalece e, quando analisada do ponto de vista antropológico, revela uma dinâmica desigual entre os gêneros. Tradicionalmente, a monogamia é imposta às mulheres, enquanto os homens gozam de certa liberdade sexual e têm permissão para ter múltiplas parceiras. Essa disparidade de gênero na aplicação da monogamia é resultado da interseção entre a estrutura patriarcal e a instituição do casamento.

Ao longo da história, a monogamia tem sido acompanhada pela presença da escravidão, onde as mulheres escravizadas são consideradas propriedade do homem, tanto em corpo quanto em alma. Essa realidade moldou a monogamia de forma a beneficiar principalmente os homens, permitindo-lhes manter relações extraconjugais com jovens e belas cativas sem que isso fosse considerado uma transgressão.

O processo de alienação da mulher traz inevitavelmente a alienação dos homens, ainda que não seja idêntica nos dois polos. A alienação do homem (e, no caso da sociedade de classes, dos senhores) é expressão de sua potência social; a alienação das mulheres (e, mutatis mutandis, dos trabalhadores) é expressão de sua derrota histórica. Por milênios, o feminino vai sendo

convertido na personalidade dócil, obediente, submissa, burra, que tem na beleza física (definida pela sua capacidade de atrair sexualmente o masculino) suas principais qualidades. Com o tempo, será “cientificamente provada” até sua incapacidade para o orgasmo. Aos homens, cabem as deformações simétricas; ser homem é o exercício do poder (LESSA, 2012, p.44).

Mesmo nos tempos atuais, essa característica persiste em muitas sociedades, onde a monogamia é socialmente imposta às mulheres, enquanto os homens desfrutam de maior flexibilidade sexual. Essa assimetria de gênero reflete não apenas a desigualdade de poder, mas também a objetificação e a subjugação das mulheres dentro das estruturas familiares e sociais. É importante compreender e questionar essas dinâmicas de poder subjacentes à monogamia, buscando promover relações mais igualitárias e respeitadas entre os gêneros, onde a liberdade e o consentimento sejam valorizados e garantidos para todas as partes envolvidas.

Em sua obra, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Engels desafia a concepção da classe dominante de que a família monogâmica é uma instituição imutável e eterna. Ao analisar de forma abrangente as relações entre a família, a economia e a história, o teórico demonstra de maneira convincente que a família é uma criação histórica e social, influenciada pelos contextos socioeconômicos em que se desenvolve.

Engels revela que a família monogâmica não é uma forma universal e pré-determinada de organização familiar. Pelo contrário, ela surge como resultado das necessidades socioeconômicas e das relações de produção de uma determinada sociedade (ENGELS, 1979). Ao compreender o trabalho como a categoria fundamental que molda a vida humana, o autor argumenta que todas as formas de família são moldadas pelas formas pelas quais uma sociedade obtém os recursos essenciais da natureza.

Essa análise crítica desafia a noção de que a família monogâmica é uma instituição natural e imutável. Ao contrário, ela destaca que a família é uma construção social que evolui ao longo do tempo, adaptando-se às mudanças nas estruturas sociais, econômicas e culturais. A compreensão da família como uma criação histórica e humana faz questionar suas dinâmicas, hierarquias e normas, buscando relações familiares mais igualitárias e respeitadas.

A obra de Engels continua a ser uma referência importante para compreender a relação entre a família, a sociedade e as estruturas de poder. Ao desvendar a natureza histórica da família monogâmica, ele nos convida a refletir sobre as transformações que podem ocorrer nas formas de organização familiar, promovendo uma visão mais ampla e inclusiva das relações familiares em diferentes contextos sociais e culturais.

Ademais, não existem evidências conclusivas, seja no campo da biologia, primatologia ou antropologia, de que a monogamia seja uma característica "natural" ou "normal" para os seres

humanos (BARASH e LIPTON, 2007). Pelo contrário, há uma abundância de evidências que indicam que os seres humanos têm uma tendência ancestral de envolvimento com múltiplos parceiros sexuais ao longo do tempo.

Recorrentes estudos e pesquisas mostram que as relações sexuais e afetivas entre os seres humanos são altamente variáveis e podem assumir diversas formas, incluindo a monogamia, a poligamia e a não-monogamia consensual. Essas diferentes formas de relacionamento refletem a diversidade cultural, social e individual em relação aos padrões de relacionamento íntimo. Nas sociedades humanas ao longo da história, há exemplos de práticas não-monogâmicas e de múltiplos parceiros sexuais, tanto em contextos mais tradicionais quanto em contextos contemporâneos. Isso sugere que a monogamia não é uma característica inerente à natureza humana, mas sim uma construção social e cultural, sujeita a influências e mudanças ao longo do tempo.

Portanto, é importante reconhecer que a monogamia não é a única forma de relacionamento íntimo válida ou "normal". A diversidade de práticas e configurações relacionais devem ser respeitadas e valorizadas, desde que todas as partes envolvidas consentam e sejam tratadas com dignidade e respeito mútuo. Ao questionar a ideia de que a monogamia é a única forma "natural" ou "normal" de relacionamento humano, abrimos espaço para uma compreensão mais ampla e inclusiva das relações afetivas e sexuais, promovendo a liberdade individual e o respeito à diversidade nas escolhas relacionais.

Uma das práticas de relacionamento que tem ganhado cada vez mais adeptos é o poliamor, uma forma de relacionamento consensual em que as pessoas envolvidas estabelecem múltiplas parcerias afetivas e/ou sexuais simultâneas. Nesse contexto, é possível a existência de relacionamentos íntimos e comprometidos entre três ou mais pessoas, que compartilham afeto, responsabilidades e vivem como uma unidade familiar.

Maria Berenice Dias, em sua obra *Manual de Direito das Famílias* (2021), aborda o tema do poliamor e discute a possibilidade de reconhecimento jurídico das relações poliamorosas. Ela traz reflexões sobre as transformações sociais e afetivas que impactam as estruturas familiares, questionando os paradigmas tradicionais e propondo uma visão mais inclusiva e diversa.

No livro, a autora analisa a necessidade de adaptação do direito às novas formas de convivência, como o poliamor, e defende a construção de um arcabouço jurídico que contemple essas realidades. Ela argumenta que é fundamental repensar os conceitos e preconceitos sobre a monogamia e abrir espaço para o diálogo e a igualdade no âmbito das relações afetivas e familiares. É importante mencionar que, além de seu livro, Maria Berenice Dias também tem se

manifestado em diversos artigos e palestras sobre o tema do poliamor e suas implicações jurídicas. Suas contribuições têm sido importantes para o avanço do debate e a busca por soluções legais mais inclusivas e respeitosas com a diversidade afetiva e familiar.

#### 4 PERSPECTIVA DE GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NA QUALIFICAÇÃO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS QUE PRATICAM O POLIAMOR

O pluralismo das relações familiares provocou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. Já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.

As relações familiares pluralistas têm desencadeado transformações significativas na estrutura da sociedade, rompendo com a visão restrita de família associada exclusivamente ao casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento de outras formas de convívio e a liberdade de estabelecer vínculos parentais independentemente do casamento têm promovido uma verdadeira revolução no conceito de família (DIAS, 2021). A família já não está mais condicionada aos antigos paradigmas de casamento, sexo e procriação, abrindo espaço para novas configurações e entendimentos sobre o que constitui uma família (DIAS, 2021).

A sociedade ocidental, influenciada pela tradição judaico-cristã, sempre rejeitou veementemente uma realidade que persiste ao longo dos tempos: o envolvimento afetivo e sexual simultâneo com múltiplas pessoas (DIAS, 2021). Por mais que a legislação imponha o dever de fidelidade no casamento e de lealdade na união estável, essas imposições não conseguem suprimir uma realidade histórica enraizada em uma sociedade patriarcal e profundamente machista (DIAS, 2021).

Mesmo estando casados ou tendo uma companheira, muitos homens buscam incessantemente novas emoções, sem abrir mão dos laços familiares já estabelecidos. Eles parecem ter a incrível habilidade de se desdobrar em relacionamentos simultâneos, transitando entre duas casas, mantendo vínculos com duas mulheres e, não raramente, estabelecendo vínculos parentais com filhos provenientes de ambos os relacionamentos. Essa realidade desafia as convenções estabelecidas e confronta a visão tradicional de família, que se baseia na monogamia e na exclusividade afetiva e sexual. Revela-se uma faceta complexa e multifacetada

das relações humanas, na qual os limites e as fronteiras são constantemente questionados, sobretudo diante das variadas consequências jurídicas.

Convém lembrar que a função do direito é o de desempenhar um papel coordenador, organizador e limitador das liberdades individuais, visando garantir a liberdade individual de cada pessoa (DIAS, 2021). Dentro desse contexto, o princípio da liberdade assume um papel fundamental, abrangendo a capacidade de escolha autônoma na formação, realização e dissolução de entidades familiares, sem imposições ou restrições externas de parentes, sociedade ou legislador (LÔBO, 2015). Esse princípio também abrange a liberdade na aquisição e administração do patrimônio familiar, no planejamento familiar, na definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos, bem como a liberdade de agir, desde que esteja em conformidade com o respeito à integridade física, mental e moral de todos os envolvidos (LÔBO, 2015).

O poliamor refere-se a uma forma de relacionamento consensual em que as pessoas envolvidas estabelecem múltiplas parcerias afetivas e/ou sexuais simultâneas. Nesse contexto, é possível a existência de relacionamentos íntimos e comprometidos entre três ou mais pessoas, que compartilham afeto, responsabilidades e vivem como uma unidade familiar.

A perspectiva de gênero desempenha um papel fundamental na qualificação das famílias simultâneas que praticam o poliamor. Ela busca desconstruir estereótipos de gênero e questionar as normas sociais que impõem modelos familiares rígidos e hierárquicos. Nesse contexto, a perspectiva de gênero traz à tona a importância de reconhecer e valorizar a autonomia, a liberdade e a igualdade de todas as pessoas envolvidas nas relações poliamorosas, independentemente de seu gênero. Ela destaca a necessidade de superar a ideia de posse e exclusividade, possibilitando que todas as partes envolvidas expressem suas identidades, desejos e expectativas de forma autêntica.

Busca-se, assim, eliminar hierarquias de gênero e promover relações mais horizontais e equitativas dentro das famílias poliamorosas. Valoriza-se a diversidade de configurações familiares, reconhecendo que essas relações podem envolver diferentes combinações de gênero e diferentes tipos de vínculos afetivos. Dessa forma, a perspectiva de gênero na qualificação das famílias simultâneas que praticam o poliamor busca garantir a igualdade de direitos e responsabilidades entre todas as pessoas envolvidas, desafiando normas tradicionais de gênero e construindo novas formas de vivenciar o afeto e a intimidade nas relações familiares.

É importante ressaltar que essa perspectiva está em constante evolução e ainda enfrenta desafios no âmbito jurídico, uma vez que o reconhecimento legal e a proteção das famílias

poliamorosas ainda são incipientes em muitos países, incluindo o Brasil. No entanto, a discussão e o debate em torno dessas questões têm se ampliado, buscando promover uma maior inclusão e garantia de direitos para todas as formas de família.

A partir de um panorama sociocultural no qual o poliamor, de certa forma, já era praticado por homens que mantinham famílias paralelas, com mais de uma companheira, à sua família oficial, percebe-se que essa prática fica restringida para mulheres, sobretudo devido aos estereótipos de gênero que criam desigualdades.

A igualdade formal, expressa no artigo 5º, inciso I, da constituição federal de 1988, representa um direito fundamental que remonta à origem do movimento feminista. Durante a primeira onda do movimento, tanto nos Estados Unidos, na Europa quanto no Brasil, o objetivo principal era buscar a igualdade das mulheres perante a lei, sendo a conquista do direito ao voto um exemplo emblemático dessa luta (TELLES, 2019). No entanto, ao longo do tempo, o feminismo passou a questionar essa visão limitada das mulheres, reconhecendo que a igualdade formal era apenas uma parte da equação.

Gradualmente, o feminismo passou a criticar essa compreensão da igualdade formal como uma ferramenta de perpetuação de uma ordem político-social predominantemente masculina e discriminatória. As feministas passaram a exigir uma igualdade substantiva, que vai além da mera igualdade perante a lei e busca a transformação das estruturas e relações sociais que perpetuam a desigualdade de gênero.

Essa perspectiva destaca a necessidade de superar estereótipos de gênero, questionar normas sociais discriminatórias e promover a inclusão das mulheres em todas as esferas da sociedade. Trata-se de reconhecer que a luta pela igualdade não se resume apenas a direitos formais, mas abrange a busca por mudanças profundas na estrutura social, econômica e política. “Do ponto de vista político-filosófico, pode-se ressignificar e complementar a dimensão formal da igualdade de gênero, evitando-se, assim, que ela sirva à reiteração de padrões normativos de origem discriminatória” (TELLES, 2019, p. 177).

## 5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: ESTUDO DE CASO EMBLEMÁTICO E SUAS DECISÕES NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No mês de dezembro de 2020, ocorreu uma relevante decisão por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do Tema nº 529 da repercussão geral. Esse tema tratava da discussão acerca da viabilidade do reconhecimento jurídico simultâneo de união estável e relação

homoafetiva, bem como da divisão de pensão por morte decorrente desses vínculos. Após análise e deliberação, a maioria dos ministros do STF negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, estabelecendo uma tese determinante para a matéria em questão.

Durante a exposição de seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes, responsável pelo relatório do caso em questão, deixou claro desde o início que não estava em discussão a questão dos efeitos de uma união entre pessoas do mesmo gênero, pois o cerne da questão em análise era a caracterização de uma relação adulterina, independentemente da orientação sexual dos envolvidos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020). Com base na equiparação da união estável ao casamento e na impossibilidade de reconhecer direitos em uma relação paralela à união estável, o Ministro Relator apresentou argumentos contundentes. Ele ressaltou que permitir o reconhecimento de duas uniões estáveis abriria um precedente perigoso ao validar a existência de dois casamentos, o que equivaleria a aceitar a prática da bigamia. A equiparação da união estável ao casamento visa garantir que ela tenha os mesmos efeitos e responsabilidades, incluindo o dever de fidelidade e os benefícios previdenciários, assim como os direitos de família e sucessórios, como destacado pelo Ministro Relator.

De acordo com essa tese firmada pelo STF, a existência prévia de casamento ou união estável de um dos conviventes impede o reconhecimento de um novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive em relação aos efeitos previdenciários.

Contudo, é importante ressaltar que há uma exceção prevista no artigo 1.723, §1º, da Lei nº 10.406 do Código Civil, que pode permitir a coexistência de múltiplos vínculos familiares, desde que atendidos determinados requisitos. O referido artigo brasileiro reconhece a união estável como uma entidade familiar, sendo compreendida como a convivência pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. No entanto, é importante destacar o parágrafo primeiro do artigo 1.723, que estabelece que a união estável não será constituída caso ocorram os impedimentos previstos no artigo 1.521 do Código Civil, inciso VI, quando a pessoa casada estiver separada de fato ou judicialmente. Essas disposições legais buscam delimitar as condições e os requisitos para o reconhecimento da união estável, considerando os impedimentos previstos na legislação. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece critérios para a configuração legal desse tipo de vínculo afetivo e familiar.

A decisão do STF, ao negar o provimento ao Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, fundamenta-se na consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, refletindo os valores e princípios vigentes na sociedade. Assim,

ela estabelece parâmetros para o reconhecimento jurídico das relações familiares simultâneas, levando em consideração as normas e diretrizes que regem a estrutura familiar no país.

Argumentar em favor de conferir efeitos jurídicos apenas aos relacionamentos monogâmicos e considerá-los como a única forma de família é simplesmente utilizar as normas legais como instrumento de controle e moralização do comportamento das pessoas (NOGUEIRA, 2021). Essa visão busca impor uma estrutura social uniforme e padronizada, ignorando que o direito de família tem como função principal proteger, não controlar. Além disso, é importante compreender que o direito de família, por sua própria natureza, deve ser flexível e adaptável, capaz de acompanhar as transformações sociais e comportamentais, visto que deve ser sensível às mudanças na sociedade, pois é um ramo do direito que regulamenta as relações humanas (NOGUEIRA, 2021).

Vale ressaltar que dignidade da pessoa humana representa uma qualidade intrínseca e única presente em cada indivíduo, que merece ser reconhecida, respeitada e valorizada tanto pelo Estado quanto pela sociedade como um todo. Essa compreensão implica em um conjunto abrangente de direitos e responsabilidades fundamentais, cujo objetivo é proteger a pessoa contra qualquer forma de tratamento degradante e desumano, além de garantir as condições necessárias para uma vida digna e saudável (SARLET, 2011). Ao mesmo tempo, busca-se promover e encorajar a participação ativa e corresponsável do ser humano na tomada de decisões relacionadas à sua própria existência e ao convívio com os demais membros da comunidade, sempre respeitando e considerando a interdependência com outros seres que compõem a teia da vida (SARLET, 2011). Essa abordagem ressalta a importância de preservar a dignidade individual e estabelecer relações justas e solidárias em nossa sociedade.

A relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito das famílias está relacionada ao reconhecimento e respeito à diversidade e autonomia individual na constituição e vivência das relações familiares. A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental do direito, presente na constituição federal brasileira, e é a base para a proteção dos direitos e liberdades individuais.

Ao aplicar esse princípio ao direito das famílias, é necessário considerar que a dignidade das pessoas não pode ser limitada por concepções rígidas e inflexíveis sobre o que constitui uma família. Cada indivíduo tem o direito de viver suas relações afetivas e familiares de acordo com suas escolhas e orientações, desde que não violem direitos de terceiros. Nesse sentido, a flexibilidade e a volatilidade do direito de família são fundamentais para garantir a dignidade das pessoas. A proteção e regulamentação das relações familiares devem ser adaptáveis às mudanças

sociais e às diferentes formas de convívio e afetividade, evitando discriminações e promovendo a inclusão de todas as pessoas.

## 6 LACUNAS E DESAFIOS: IDENTIFICAÇÃO DAS LACUNAS LEGAIS E DESAFIOS ENFRENTADOS NA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

A negativa da validade jurídica das uniões poliafetivas advém da argumentação baseada no princípio da monogamia e carece de fundamentação legal, pois a constituição não estabelece o sistema monogâmico como princípio, o que é evidenciado pela rejeição da discriminação dos filhos provenientes de relações extraconjugais (FIGUEIREDO; FERMENTÃO, 2015). A defesa da monogamia como princípio representa um retrocesso e favorece uma construção jurídica, política e histórica associada à família patriarcal, visto que não tem mais relevância jurídica, sendo considerada atualmente apenas uma norma de convivência (FIGUEIREDO; FERMENTÃO, 2015). Tanto é assim que, em 2005, o crime de adultério, previsto no artigo 240 do código penal, foi excluído (FIGUEIREDO; FERMENTÃO, 2015). Ao ser confrontada com os princípios constitucionais da dignidade humana, solidariedade, igualdade, liberdade e democracia, a monogamia perde sua importância jurídica.

Há urgência quanto à identificação das lacunas legais e dos desafios enfrentados na qualificação jurídica das famílias simultâneas sob a perspectiva de gênero para que se efetive direitos fundamentais. Algumas lacunas e desafios comumente observados são: o reconhecimento legal, a proteção dos direitos parentais, os direitos sucessórios, a proteção contra a discriminação, o desconhecimento e o estigma social.

A falta de reconhecimento legal das famílias simultâneas como entidades familiares plenas pode gerar insegurança jurídica e negar proteções legais e direitos aos membros dessas famílias. As legislações muitas vezes são baseadas em uma concepção tradicional de família, centrada no modelo monogâmico e heterossexual, o que cria uma lacuna no reconhecimento das diversas configurações familiares existentes. O código penal brasileiro, em seu art. 235, trata do crime de bigamia, estabelecendo penalidades para quem contrair casamento estando já casado. O referido artigo prevê que aquele que contrair novo casamento, sabendo que já possui um vínculo matrimonial, poderá ser punido com pena de reclusão, variando de dois a seis anos. Da mesma forma, também é considerado crime contrair casamento com uma pessoa que já está casada, mesmo que o infrator não seja casado, sabendo dessa circunstância. Nesse caso, as penas previstas são de reclusão ou detenção, com duração de um a três anos. Essas disposições legais

visam preservar a monogamia como princípio adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e, ainda conforme a disposição legal:

O núcleo do tipo é um só: contrair, isto é, levar a efeito, realizar, efetuar. É pressuposto (ou elementar) deste crime a existência formal e a vigência de anterior casamento. Do contrário, a conduta será atípica. Concubinato não serve de pressuposto. Se for anulado o primeiro matrimônio, por qualquer razão, ou posterior, por motivo da bigamia, considera-se inexistente o crime (§2º do art. 235 do CP)" (DELMANTO, 2007. p. 627).

Além disso, esse tipo de configuração familiar pode envolver pais ou mães que têm relacionamentos afetivos e parentais com mais de uma pessoa. Nesses casos, questões relacionadas à guarda, visitação, responsabilidade parental e pensão alimentícia podem se tornar complexas e desafiadoras, especialmente quando as leis não contemplam adequadamente essas situações específicas.

Outro problema desafiador é a sucessão de bens e patrimônio para as famílias simultâneas. A ausência de disposições legais claras pode resultar em disputas e conflitos, prejudicando a proteção do direito à herança dos membros da família. Um exemplo é a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2008, acerca do relacionamento afetivo paralelo ao casamento, em o magistrado entendeu a impossibilidade do reconhecimento de união estável, devido ao princípio da monogamia. No presente caso, o relacionamento afetivo da apelante com seu parceiro, segundo o tribunal, não pode ser enquadrado no conceito de união estável, pois a aplicação do princípio da monogamia, que governa as relações afetivas familiares e impede o reconhecimento jurídico de um relacionamento afetivo paralelo ao casamento. Nesse contexto, a constituição da união estável requer a ausência de impedimento matrimonial entre os parceiros. Além disso, o magistrado ressaltou que o pai dos apelados não estava separado de fato ou judicialmente, conforme amplamente demonstrado nos autos, e enfatizou que não era possível caracterizar o concubinato existente como uma união estável. Para o tribunal de Minas Gerais, entender de forma contrária seria vulgarizar e distorcer o conceito de união estável, que é um instituto jurídico consagrado pela constituição federal de 1988, com o objetivo de proteger relacionamentos estabelecidos com fins familiares. Além disso, segundo o presente entendimento, permitir tal reconhecimento viabilizaria a bigamia, já que a conversão da união estável em casamento é possível. Por fim, o acórdão entendeu que embora haja um precedente eloquente no Superior Tribunal de Justiça (STJ), semelhante ao caso em análise, que diz respeito ao direito à pensão previdenciária (REsp nº 742.685, julgado em 04-08-2005, de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, da 5ª Turma do STJ), não haveria apreciação do tema, uma vez que tal

pleito deve ser formulado perante a Justiça Federal. Isso se deve à função exercida por A.B.M., que era Policial Rodoviário Federal, tornando a competência da Justiça Estadual absolutamente incompetente para reconhecer qualquer direito previdenciário por parte da apelante (MINAS GERAIS, TJ, 2008).

Mais um desafio para as famílias que vivem o poliamor é a discriminação com base na orientação sexual, identidade de gênero ou configuração familiar trata-se de uma realidade enfrentada por muitas famílias simultâneas. Segundo a filósofa canadense Carrie Jenkins – professora da Universidade da Colúmbia Britânica, escritora do livro *What Love Is and What It Could Be* (O que é o amor e o que ele poderia ser, em português; ainda sem edição no Brasil) e praticante do poliamor – o preconceito e uma maior intensidade na misoginia não apenas com o tipo de relacionamento, mas em decorrência perspectiva de gênero na qual a mulher é praticante do poliamor (TOLEDO, 2017). Assim, a ausência de proteção legal adequada pode levar a violações dos direitos humanos e à marginalização dessas famílias.

Tal crise exposta é resultado do desconhecimento e do estigma social em relação às famílias simultâneas podem contribuir para a falta de reconhecimento e proteção legal. A luta por igualdade e respeito exige a conscientização pública e a superação de preconceitos arraigados.

Essas são apenas algumas das lacunas e desafios que se apresentam na qualificação jurídica das famílias simultâneas sob a perspectiva de gênero. É importante que o sistema jurídico se adapte e evolua para reconhecer e proteger adequadamente a diversidade de configurações familiares existentes, promovendo a igualdade de direitos e o respeito à dignidade de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

## CONCLUSÃO

No Brasil, o reconhecimento jurídico de configurações familiares como a do poliamor ainda é um tema em desenvolvimento. Não há uma legislação específica que trate do poliamor ou que conceda direitos e proteções claras a esses núcleos familiares. No entanto, é importante mencionar que o ordenamento jurídico brasileiro possui bases constitucionais que garantem o princípio da liberdade e da igualdade, que podem ser invocados para buscar a proteção dos direitos das pessoas envolvidas em relações poliamorosas.

Cabe ressaltar que a discussão sobre o poliamor e sua inserção no âmbito jurídico ainda está em evolução, sendo necessário um debate mais aprofundado sobre o tema. A jurisprudência brasileira, por sua vez, tem apresentado posicionamentos divergentes em relação à possibilidade

de reconhecimento legal dessas configurações familiares. Portanto, é fundamental que haja avanços nas esferas legislativa e judicial para que sejam garantidos os direitos e as proteções adequadas às pessoas envolvidas em relacionamentos poliamorosos.

O Estado, a propriedade privada, as classes sociais e a família monogâmica alcançaram seu pleno desenvolvimento, expondo claramente as características fundamentais que permeiam cada um desses aspectos da vida social. Nesse contexto, podemos examinar criticamente essas instituições e compreender como elas moldam a estrutura da sociedade e afetam as relações humanas. A crise e o esgotamento dessas estruturas não significam o fim absoluto delas, mas apontam para a necessidade de reavaliar seu papel e função na contemporaneidade. À medida que a sociedade avança, novas formas de organização social e relações humanas emergem, desafiando as estruturas estabelecidas.

É fundamental reconhecer que as transformações sociais não ocorrem de forma linear ou uniforme. Há resistências, contradições e complexidades envolvidas nesse processo. No entanto, ao refletirmos sobre a atual conjuntura, somos convidados a questionar as bases sobre as quais essas estruturas se sustentam e a explorar alternativas que possam melhor atender às necessidades e aspirações da humanidade. Nessa jornada de compreensão e transformação, devemos buscar abordagens críticas e inclusivas, considerando a diversidade de experiências e perspectivas. Somente assim poderemos avançar rumo a uma sociedade mais justa, equitativa e resiliente, em que as instituições sejam verdadeiramente representativas dos valores e aspirações de todos os indivíduos.

Além disso, deve-se considerar a perspectiva de gênero ao abordar a qualificação jurídica das famílias simultâneas. É necessário analisar como as dinâmicas de poder, os estereótipos de gênero e as desigualdades podem influenciar a forma como essas famílias são percebidas e tratadas pelo sistema jurídico.

Historicamente, tem sido comum que homens mantenham relacionamentos simultâneos, envolvendo uma esposa em um casamento civil e uma companheira, frequentemente chamada de amante. Essa prática, impulsionada pelo patriarcado, tem sido mais aceita socialmente quando parte dos homens. No entanto, quando mulheres buscam a mesma autonomia e vivenciam relacionamentos simultâneos, há uma intensificação da misoginia e uma maior resistência por parte da sociedade. Essa disparidade reflete a existência de normas culturais e sociais que privilegiam a liberdade masculina e perpetuam estereótipos de gênero prejudiciais. As mulheres que desafiam essas normas podem enfrentar estigmatização, discriminação e preconceito,

evidenciando a necessidade de uma análise crítica e sensível das questões de gênero no âmbito jurídico.

Para promover a igualdade de gênero e enfrentar esses desafios, é necessário um olhar atento para as lacunas legais existentes e uma revisão dos padrões normativos que perpetuam desigualdades. É preciso promover a justiça e a equidade, reconhecendo a diversidade de arranjos familiares e garantindo a proteção jurídica para todas as pessoas, independentemente do gênero, em suas escolhas e vivências familiares.

## REFERÊNCIAS

- BARASH, David; LIPTON, Judit Eve. **O Mito da Monogamia**. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) Acesso em: 30 mai. 2023.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPODIVIUM, 2021.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Ed. Civilização Brasileira, 1979.
- FIGUEIREDO, Elizio Lemes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **O Núcleo Familiar Poliafetivo e a Dignidade da Pessoa Humana: Análise na Contemporaneidade**. In: XXIV Congresso Nacional, CONPEDI, 2015, Aracaju. DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio, 2015.
- LESSA, Sérgio. A atualidade da abolição da família monogâmica. **Revista Crítica Marxista**, n.35, p.41-58, 2012. Disponível em: [https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos\\_biblioteca/artigo279Artigo%202.pdf](https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo279Artigo%202.pdf) Acesso em: 01 jun. 2023.
- LÔBO, Paulo. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.
- MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível, 9410477-47.2003.8.13.0024 (1) (1.0024.03.941047-7/001)**, Des. (a) Alvim Soares, j. 26/04/2005. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F13>

[4A21E242CBAB91A09D36FBADE93DA.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.690802-9%2F001&pesquisaNumeroCNPJ=Pesquisar](https://4A21E242CBAB91A09D36FBADE93DA.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.690802-9%2F001&pesquisaNumeroCNPJ=Pesquisar)

Acesso em: 30 mai. 2023.

NOGUEIRA, Luiza Souto. Comentários ao Recurso Extraordinário nº 1.045.273/ SE: uma análise crítica dos votos vencedor e vencido. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 183-201, jul./set. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Prefácio Edson Fachin. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tema 529 – Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumerolncidente=RE%201045273> Acesso em: 01 jun. 2023.

TELLES, Cristina. Direito à igualdade de gênero: uma proposta de densificação do art. 5º, I, da Constituição de 1988. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 169-204, set-dez., 2019. Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v21\\_n3/tomo1/revista\\_v21\\_n3\\_tomo1\\_169.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_169.pdf) Acesso em: 30 mai. 2023.

TOLEDO, Giuliana de. *Assumir poliamor é um desafio diário, diz filósofa canadense*. Revista Galileu. 2017. Disponível em:

<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2017/05/assumir-poliamor-e-um-desafio-diario-diz-filosofo-canadense.html> Acesso em: 01 jun. 2023.

ARQUIVO JURÍDICO  
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI  
ISSN 2317-918X