

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1011

(Ano XIII)

(24/04/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O recém aprovado Projeto de Lei nº 1.369/2019 que criminaliza o “stalking” - Lei Federal nº 14.132/2021
Joaquim Leitão Júnior, 05.

ARTIGOS

Latrocínio, o novo paradigma das grandes metrópoles

Natália Ribeiro de Paula Carnaúba, 12.

O crime de importunação sexual

Natieli Fernandes Saves, 37.

O assédio sexual nas relações de trabalho e a reparação do dano com o advento da reforma trabalhista

Juliana Faria da Silva, 53.

Os direitos sociais extensíveis ao servidor público temporário no desvirtuamento do contrato

Tiago Esashika Crispim, 68.

Princípio da isonomia como base para decisão judicial com fulcro no Código de Processo Civil

João Pedro Vieira de Carvalho, 83.

Da inaplicabilidade do fato do príncipe às dispensas trabalhistas derivadas das medidas sanitárias adotadas durante a pandemia do Sars-Cov2

Ana Beatriz Fernandes Coelho Chagas, 88.

Aumento da violência doméstica contra o idoso durante a pandemia de covid-19 no Brasil

Jessica da Silva de Carvalho, 99.

Adoção: direitos resguardados do infante

Sara Santos da Silva, 111.

Constituição do Crédito Tributário pelo Lançamento de Ofício na Esfera Federal

Carmen Ferreira Saraiva, 130.

A teoria do risco integral como vertente da responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental

Almir Rodrigues dos Santos, 154.

Crimes virtuais: a prática dos crimes cibernéticos

Edson Paulo Lemos, 165.

Discussão sobre requisitos de habilitação fiscal para participação dos Fundos de Investimentos nas Contratações Públicas

Fernando Bernardi Gallacci, 182.

A responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde em decorrência do erro médico

Karine Gurgel de Freitas e Neilma Gomes Vieira Capelão, 197.

Adulterio e sua consequência na área civil

Deyvison Emanuel Lima de Menezes, 232.

O Valor da Palavra da Criança Vítima de Abuso Sexual como Prova Principal: Análise da Força Probatória da Palavra da Vítima

Kamila Lauriana da Silva dos Reis, 239.

A sucessão de companheiros no Código Civil a partir dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694

Luana Caroline Barbosa Pereira, 253.

Dispensa de licitação em períodos de pandemia: análise sob à ótica do artigo 4º da lei nº 13.979/2020

Tânia Lopes Ferreira, 263.

Redução da menoridade penal no Brasil: como paradigma de necessidade ou persistência do “populismo penal midiático”

Marlon Bruno Barbosa Gomes e Suelane de Lima Araújo, 284.

A relevância do contrato de compra e venda e seus principais aspectos

Aviner Lucas Dordan dos Santos, 314.

Implicações jurídicas em relação ao sistema público de saúde

Isabella Fujioka Mandelli, 328.

Contratos eletrônicos e a mitigação do direito de arrependimento em tempos de pandemia

Caio Augusto Silva dos Reis, 344.

Adoção por casais homoafetivos

Angela Maria Ferreira Carneiro Lemos, 360.

A responsabilidade subsidiária do ente público por débitos trabalhistas de empresa terceirizada

Danilo França Falcão Pedrosa, 378.

O RECÉM APROVADO PROJETO DE LEI Nº 1.369/2019 QUE CRIMINALIZA O “STALKING” - LEI FEDERAL Nº 14.132/2021

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil¹.

Foi recém aprovado o Projeto de Lei nº 1.369, de 2019 de iniciativa da Senadora Leila Barros (PSB/DF), que se transformou na Lei Federal nº 14.132/2021 sancionada recentemente pelo Presidente da República.

O Projeto em si com sanção presidencial, altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para incluir o art. 147-A, que dispõe sobre o crime de perseguição obsessiva, mais conhecido como *stalking* (*perseguição persistente* - Lei Federal nº 14.132/2021).

Criminaliza-se aqui a conduta de perseguição obsessiva, em caso de perseguição reiterada com ameaças, restrição da locomoção ou invasão da privacidade, com a revogação da figura contravencional de perturbação da tranqüilidade (art. 65, da LCP). O crime de perseguição passa a substituir esse ato contravencional na legislação brasileira.

Conceituação de perseguição

No aspecto conceitual podemos ter por perseguição a conduta a ser definida como aquela praticada por meios físicos ou virtuais que interfira na liberdade e na privacidade da vítima. A pena será de seis meses a dois anos de reclusão (prisão que pode ser cumprida em regime fechado) e multa.

¹ Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

O novel tipo penal apresenta a seguinte redação:

"Perseguição

Artigo 147-A — Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringido-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena — reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§1º. A Pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2-A do art. 121 desde Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§2º. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação".

Assim, pela tipificação supra, doravante quem praticar perseguição, por qualquer meio, ameaçando a integridade física ou psicológica, e ainda invadindo a sua esfera de liberdade e privacidade, poderá ser responsabilizado a uma pena de até 2 (dois) anos de reclusão, podendo ainda ser aumentada da metade a depender da situação fática.

O verbo do injusto penal do novel artigo é "perseguir", implicando em "molestar", "assediar", "importunar", "incomodar" alguém, exigindo estes vocábulos suma reiteração comportamental. Há doutrina apregoando que o novel art. 147-A do CPB deve ser classificado como crime habitual, porquanto o núcleo do tipo penal reclama a conduta daquele que persegue alguém rotineiramente perturbando a vítima, a ponto de fazer com que se sinta tolhida na condução de sua vida cotidiana (GILABERTE, on line, 2021).

Pode surgir algumas inquietações, tais como se haveria prazo ou não e quantidade de perseguições para configuração do tipo penal do art. 147-A do CPB?

Em resposta, pensamos não haver um prazo para que a perseguição reiterada seja caracterizada, como ocorre em geral nos crimes habituais. Entendemos que apenas basta que a perseguição reiterada seja contínua ou frequente.

Exemplos citados de perseguição reiterada pelo delegado de polícia, Bruno Gilaberte, são: “ligações insistentes, que solapam a paz da vítima, vigílias em frente ao local em que a pessoa importunada reside, contatos com amigos da vítima para afugentá-los e outros comportamentos análogos podem caracterizar o crime em apreço” (GILABERTE, on line, 2021).

O delito em estudo é classificado como crime de forma livre, existindo inúmeras possibilidades de meios executórios.

A tipia delitiva em qualquer de suas facetas deve ser apta a atingir a vítima em sua integridade física ou psíquica, ainda que nenhum resultado ocorra de fato, bastando-se no risco. Neste ponto, o art. 147-A do CPB deve ser classificado como crime de dano, por exigir uma lesão à liberdade individual, de onde podem surgir riscos de lesões a outros bens jurídicos (GILABERTE, on line, 2021).

Em hipótese de ocorrer efetiva lesão corporal, aplicar-se-á a regra de afastamento da consunção prevista no § 2º, do art. 147-A (GILABERTE, on line, 2021).

Igualmente, o tipo penal pode configurar de outros modos, ainda que inexistente as referidas ameaças para o reconhecimento do crime de perseguição do art. 147-A do CPB: (a) restrição da capacidade de locomoção; (b) invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade (GILABERTE, on line, 2021).

Possibilidade de ocorrência do crime do art. 147-A, do CPB por meios virtuais (*cyberviolência* ou *cyberbullying*)

Em hipótese de eventual promulgação, a lei alcançará como sujeito ativo do delito, as pessoas físicas as quais praticam *cyberviolência* ou *cyberbullying*, *já que é crime cuja ação é livre*.

Causas de aumento de pena do art. 147-A do CPB

O § 1º[1], do art. 147-A do CPB preconiza uma majorante de metade da pena quando a infração penal em estudo for praticada contra criança, adolescente ou idoso (inciso I); contra mulher, por razões da condição de sexo feminino (II); e mediante o concurso de duas ou mais pessoas ou com o emprego de arma (III).

Já o art. 147-A, inciso II, do CPB prevê a hipótese que tende ser a mais comum de perseguição (*stalking*), que é aquela praticada em face da mulher, em razão da condição de sexo feminino. O legislador ordinário buscou as hipóteses presentes no § 2º-A do art. 121 para determinar o que são as razões de condição de sexo feminino: (a) violência doméstica e familiar contra a mulher; e (b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Seguimos nesse sentir, as lições de Bruno

Gilaberte que defende em sua obra “Crimes Contra a Pessoa” (3ª ed., 2021) que, a palavra sexo deve ser lida como gênero e isso não representa analogia em desfavor do sujeito ativo. O primeiro argumento do renomado delegado, é de que a interpretação que melhor se harmoniza para com a axiologia constitucional e o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre de preconceitos. Ademais, ao importar da Lei nº 11.340/2006 o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, traz consigo a referência ao gênero, que é um dos conceitos centrais do diploma protetivo (GILABERTE, on line, 2021).

Crime de menor potencial ofensivo em regra

Em regra, o injusto penal do art. 147-A do CPB será crime de menor potencial ofensivo.

Todavia, com a incidência de uma das causas de aumento da pena, o crime de perseguição deixa de ser considerado infração de menor potencial ofensivo.

Ação penal no caso do art. 147-A do CPB (“stalking”)

A ação penal é pública condicionada à representação do ofendido.

Situações polêmicas do art. 147-A do CPB

As situações de telemarketing, operadoras de telefonia, de cartões de crédito, escritórios de recuperação de crédito, entre outras similares configurará o crime do art. 147-A, do CPB? As pessoas jurídicas também poderão ser sujeitos ativos do tipo penal em cartaz?

Em resposta, Antonio Belarmino Junior e Emanuela de Araújo Pereira lecionam que:

[...] Porém, um caso de necessária análise e reflexão é sua aplicabilidade em face das empresas de telemarketing, operadoras de telefonia, de cartões de crédito, escritórios de recuperação de crédito, entre outros, pois, no âmbito do Direito Civil, através do instituto do dano moral, são de notório conhecimento as condenações por perturbação, sendo que em um caso exemplificativo uma operadora de telefonia foi condenada a pagar a importância de R\$ 40 mil de indenização por ligar mais de dez vezes por dia [3], amoldando-se a conduta da operadora ao final do previsto no tipo penal “*perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade*”.

A responsabilização na esfera penal poderia ser aplicável às empresas perpetradoras da violação da liberdade em forma de perturbação e perseguição, consistentes *a priori* nos famosos telefonemas aos domingos pela manhã, caso existisse o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na Constituição Federal, comporta através dos artigos 173, §5º, e 225, §3º, a responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de atos ilícitos contra o meio ambiente.

Em uma análise comparativa com a legislação espanhola, o professor sevilhano Miguel Polaino-Navarrete [4] explica que aquele Código Penal dispõe sobre regulação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e prevê vários âmbitos regulatórios, a instituição de agir por conta de outrem (artigo 31.1 CP) e a responsabilidade penal direta e adequada da pessoa coletiva no Direito Penal (instituída pela LO 5/2010), a determinação das penas aplicáveis às pessoas coletivas; a prestação de convocatórias, consequências acessórias igualmente aplicáveis a eles (artigos 129 e 33.7 CP) e o atual sistema de responsabilidade penal das pessoas coletivas estabelecido pela LO 1/2015, de 30 de março, que alterou o Código Penal de 1995.

Com a sanção presidencial, a legislação que atuaria de forma preventiva será ineficaz para as pessoas jurídicas. Cabe ao legislador promover a evolução da lei na medida em que atenda às demandas sociais no intuito de responsabilizar penalmente essas empresas com base no novel artigo, pela invasão de privacidade e liberdade com práticas abusivas e lesivas a bens jurídicos intrínsecos do indivíduo, conforme demais países, uma vez que a Constituição Federal prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de forma não restrita, devendo o legislador infraconstitucional versar sobre essa matéria (artigo 22, I, CF) (BELARMINO JUNIOR; PEREIRA, on line, 2021) [grifos nossos].

A par da doutrina acima, encampamos a crítica de que teria que ter sido criado uma figura similar na própria lei nova direcionada às pessoas jurídicas, tendo em vista que também penalmente invadem a privacidade e liberdade com práticas abusivas e lesivas a bens jurídicos intrínsecos do indivíduo, já que a Constituição Federal prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de forma não restrita, em que o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de versar sobre essa matéria.

Das problemáticas iniciais que o Projeto de Lei em voga possuía

A versão inicial do Projeto de Lei nº 1.369, de 2019 do Senado Federal previa a pena de 06 (seis) meses a 2 (dois) anos, porém na forma de detenção, o que fazia com que ela pudesse ser cumprida em regime aberto ou semiaberto. Entretanto, a

Câmara dos Deputados modificou a duração da pena, de 01 (um) a 4 (quatro) anos, transformando a modalidade em reclusão e tornando a multa cumulativa à pena.

O Plenário do Senado Federal manteve a reclusão e a multa, porém alterou a duração da pena sob a justificativa de "criar uma incongruência, aumentando por demais uma pena que acaba ficando desproporcional com crimes de maior gravidade", conforme afirmou o senador Jean Paul Prates (PT-RN).

Além disso, os deputados federais também alteraram os aumentos da pena que podem levá-las a ser majoradas em até metade: se o crime for cometido contra criança, adolescente ou idoso; contra mulher por razões da condição de sexo feminino; mediante concurso de duas ou mais pessoas; ou com o emprego de arma.

Estas alterações foram incorporadas no texto definitivo da Lei Federal nº 14.132/2021 sancionada recentemente pelo Presidente da República.

Das críticas quanto à revogação do art. 65 da Lei de Contravenções Penais

Entendemos que o legislador não precisava ter promovido à revogação do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, ainda que parcela esmagadora da doutrina entenda que o aludido arcabouço legal do diploma legal que trata da Lei de Contravenções Penais devesse ser revogado "in totum".

Nossa argumentação é de que o legislador ordinário poderia ter optado pela manutenção do aludido dispositivo, já que agora poderá deixar a porta aberta para a impunidade em condutas de poluição sonora e similares que não se enquadre no art. 54 da Lei do Meio Ambiente e nem no art. 42 da LCP – em que o operador subsidiariamente tinha o art. 65, da LCP. Logo, teria um possível vácuo criado pelo legislador.

Com a revogação do dispositivo contravencional pela Lei Federal nº 14.132/2021, pensamos que se terá a problemática de não incidência do princípio da continuidade normativa-típica, primeiro porque a lei cria exigência para conduta penalmente relevante que não se amoldaria às disposições contravencionais e sendo também mais gravosa. Deste modo, inclinaríamos a dizer que as pessoas que respondessem por este fato contravencional seriam contempladas pelo instituto penal da "abolitio criminis".

O art. 65 da LCP então revogado, era um verdadeiro "coringa" jurídico extirpado do ordenamento jurídico.

De mais a mais, como já sublinhado em tópico anterior, encampamos a crítica de que teria que ter sido criado uma figura similar na própria lei nova

direcionada às pessoas jurídicas, tendo em vista que também penalmente invadem a privacidade e liberdade com práticas abusivas e lesivas a bens jurídicos intrínsecos do indivíduo, já que a Constituição Federal prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de forma não restrita, em que o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de versar sobre essa matéria na recém sancionada lei federal em estudo.

Das considerações finais

Em arremate final, embora não podemos ignorar o avanço da criminalização da conduta e do retrocesso da revogação do art. 65 da LCP, pensamos que o assunto despertará celeumas na doutrina e perante os Tribunais pátrios.

Referências:

Sites

BELARMINO JUNIOR, Antonio; PEREIRA, Emanuela de Araújo. OPINIÃO

Stalking, uma nova lei e sua aplicação parcial! **Publicado em 16 de março de 2021.**
Disponível em: <<

<https://www.conjur.com.br/2021-mar-16/opiniao-stalking-lei-aplicacao-parcial> >>.
Acesso em 25 de março de 2021.

GILABERTE, Bruno. Crime de perseguição (art. 147-A, CP): Análise preliminar. **Publicado em 21 de março de 2021.** <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1182713240/crime-de-persegicao-art-147-a-cp>. **Acesso em 25 de março de 2021.**

Obras

POLAINO-NAVARRETE, Miguel, **Lecciones de Derecho Penal.** Parte General, tomo II, terceira edición corregida y actualizada, editora tecnos, ano 2019.

[1]Frisando o óbvio, criança é a pessoa com idade de 0 a 12 anos incompletos. Adolescente, de 12 a 18 anos incompletos. Pessoa idosa é aquela com idade igual ou superior a 60 anos. É uma causa de aumento da pena facilmente encontrável em diversos outros tipos penais, sempre sob a mesma justificativa: as vítimas em apreço possuem menor capacidade defensiva, aumentando a eficácia da perseguição e a probabilidade de dano. Lamenta-se que o legislador tenha se olvidado dos deficientes(GILABERTE, on line, 2021).

LATROCÍNIO, O NOVO PARADIGMA DAS GRANDES METRÓPOLES

NATÁLIA RIBEIRO DE PAULA CARNAÚBA:

bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário São Lucas de JI-Paraná - AFYA

Michael Lucas Coutinho Duarte

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar o latrocínio como um crime complexo, aquele em que há dois tipos criminais para sua configuração (delito pluriofensivo). Latrocínio é uma forma de roubo em que a violência empregada pelo agente causa a morte da vítima. É classificado como um crime preterdoloso, na medida em que basta que a morte tenha sido causada por culpa (stricto sensu) para a sua configuração. Poder-se-á compreender a real necessidade de se estabelecer o entendimento sobre questões sobre a fixação da pena na atualidade. Sua importância, também se dá, pelo fato do mesmo ser um crime que investe contra a vida e o patrimônio, os dois bens mais protegidos pelo Direito Penal. O pressuposto artigo, também faz pequenas incursões sobre assuntos correlatos ao instituto em questão, apresentando os problemas e sugerindo possíveis soluções, sem claro, ter a pretensão de esgotar o assunto de tamanha magnitude. Após a análise histórica, passa-se a uma análise sobre o que se entende por crime, e por punição, bem como far-se-á um estudo com detalhes sobre as circunstâncias judiciais do artigo 157 do Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: LATROCÍNIO. CRIME. COMPLEXO. HEDIONDO. PARADIGMA.

ABSTRACT: This article discusses the robbery as a complex crime, one in which there are two criminal types to your configuration (pluriofensivo offense). Robbery is a form of theft where violence employed by the agent causes the victim's death. It is classified as a preterdoloso crime, to the extent that it is sufficient that the death was caused by the fault (sensu stricto) to your configuration. e. It will be able to understand the real need to establish an understanding of questions about the sentencing today. Its importance is also given by the fact that it is a crime against life and invests equity, over the two goods protected by the criminal law. This item also makes small inroads on related topics to the institute in question, presenting the problems and suggesting possible solutions, without, of course, pretend to exhaust the subject of such magnitude. After the historical analysis, goes to an analysis of what is meant by crime and punishment, and a study will be made with details about the legal circumstances of Article 157 of the Criminal Code

KEYWORDS: LOOTING. CRIME. COMPLEX. HEINOUS.PARADIGM.

Sumário: 1. Introdução; 2. Etimologia da palavra latrocínio; 2.1 Latrocínio como crime hediondo; 2.2 Histórico do latrocínio; 2.3 Retrato histórico do latrocínio 2.4 Latrocínio; 2.5 Tipo objetivo e tipo subjetivo; 2.6 Sujeito ativo e sujeito passivo; 2.7 Consumação e tentativa; 2.8 Pena e ação penal; 2.9 Pelo resultado morte: latrocínio; 3 Resultado morte decorrente de grave ameaça: não tipifica latrocínio; 4 Morte de comparsa: inocorrência de latrocínio; 5. 5. Latrocínio ou roubo qualificado pela morte; Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

O artigo foi desenvolvido de modo bastante claro e conciso, considerando todas as definições necessárias para o perfeito entendimento do crime referente ao artigo 157 do Código Penal Brasileiro, sob ponto de vista imparcial com exemplos claros sempre baseados na doutrina ou jurisprudência.

Nos últimos anos houve um aumento significativo no que tange ao crime de latrocínio sendo roubo seguido de morte, principalmente a comércios e residências no Brasil sejam elas urbanas ou rurais, com a Lei nº 8.072/90, que inclui o latrocínio no rol dos crimes hediondos, o preceito sancionatório cominado no parágrafo 3º do art. 157 do CP (Código Penal) sofreu sério agravamento: o mínimo de pena privativa de liberdade foi majorado de 15 para 20 anos de reclusão, além da multa. Se a vítima enquadrar-se em qualquer das hipóteses do art. 224 do CP, a pena será acrescida de metade, respeitando o limite máximo de 30 anos (conf. art. 9º da Lei n. 8.072/90).

Em pesquisa realizada utilizando doutrinas e legislações, o artigo conta um pouco sobre o histórico do crime de Latrocínio e como com o passar dos anos o entendimento sobre o crime foi evoluindo juntamente com seu ordenamento jurídico e suas aplicações penais. Discorre também sobre os agentes do crime em epígrafe, sobre seu tipo seja ele: subjetivo ou objetivo, tentativa e consumação.

O artigo, também faz pequenas incursões sobre temas correlatos ao instituto em questão, apresentando os problemas e sugerindo possíveis soluções, sem claro, ter a pretensão de esgotar o assunto de tamanha magnitude e complexidade.

O pressuposto artigo tem como objetivo abordar o latrocínio como um crime complexo, aquele em que há dois tipos criminais para sua configuração (delito pluriofensivo).

Justificando-se esta pesquisa ao fato que o tema aqui tratado se reveste de significativa relevância jurídica, haja vista que ainda são poucas as pesquisas e estudos que se debruçam sobre o assunto; bem como porque a perscrutação, ainda que não exaustiva, de uma temática como a ora tratada pode contribuir, de alguma forma, para o melhor entendimento das nuances da clausura e da criminalidade e,

eventualmente, como um dos referenciais para a tão imperiosa e urgente reforma e humanização da execução penal, objeto de legítima preocupação social.

A metodologia aplicada nesta pesquisa é qualitativa que corresponde a extração discursiva a partir de premissas gerais aplicáveis em caso concreto, objetivando gerar conhecimento para aplicação na prática, e elaboração do texto monográfico como trabalho de conclusão de curso. Será uma pesquisa exploratória descritiva e explicativa envolvendo maior familiaridade com o problema, através de levantamento bibliográfico e documental, a partir do material já publicado, utilizando-se do método descritivo.

2. ETIMOLOGIA DA PALAVRA LATROCÍNIO

O verbete latrocínio tem sua definição encontrada em Barbosa (2013) como originado do "*latim latrocinus, de latro + inium, com o "C" intercalado, deriva-se de tibicen + inium.*" Nesse sentido, *latro* se originou de "*latrones, de latus, lado, porque guardas marchavam ao lado do rei com suas espadas [...]*", denominava-se também como os soldados assalariados em que a palavra grega *láttron* significava soldo, também se dizia [...] *latrones* os milites, militares, por levarem espadas ou se ocultavam quando armavam emboscadas. "

Encontra-se em Capez (2012) a definição com o sentido próprio de *latro*, o que designa como soldado mercenário, "abstrai da qualquer ideia de violência. É que nos tempos antigos o soldado não respeitava a vida e os bens dos vencidos, praticando saques e morticínios. "

Dutra (2012, p. 123) ainda explica que, "por variação sematológica, passou a designar o crime contra o patrimônio com ofensa à vida. "

Já em Jorio (2016), o autor informa que "[...] o apontamento latrocínio foi inserido no vernáculo pátrio em 1529." Conceitua também como sentido histórico "serviço militar, ataque feito por salteadores, roubo feito com mão armada, pirataria, violências, extorsões, engano, deslealdade, velhacaria." Como termo jurídico designa-se "1 assalto à mão armada no qual o efeito da arma pode não ir além da intimidação; 2 homicídios com objetivo de roubo, ou seguido de morte ou de graves lesões corporais da vítima. ", e informa ainda que a segunda acepção é mais corrente, enquanto que a primeira é a tecnicamente correta.

O autor acima destaca que de Plácido e Silva esclarece a respeito do vocábulo caracterizando-o como:

[...] derivado do latim *latrocinium*, de *latrocinari* (roubar à mão armada, exercer o curso ou pirataria), originariamente, tal como ladrão, significando milícia ou serviço militar, assou a distinguir o assalto à mão armada, ou o ataque feito por salteadores. Assim, atualmente exprime sempre o roubo com violência ou o roubo em que há assalto ou ataque a pessoas. É, pois, o roubo em que se registra crime mais grave, visto que, simultaneamente, há a intenção de afastar as pessoas que a ele se opõem, mesmo pela eliminação (ZAFFARONI, 2013, p.23).

Barbosa (2013) define latrocínio como tratar-se “da expressão tradicional para designar a forma mais grave do roubo, isto é, ‘o crime de matar para roubar’ ou ‘matar roubando’”, explica ainda que, pelo sentido da palavra, denomina ‘atividade do ladrão’, e relaciona a palavra ‘*latro*’ também como soldo em grego, alegando ser esse sentido que ‘confirmaria a motivação patrimonial do cometimento do ataque.’”

A partir dessa etimologia retratada, bem como seu entendimento, Jorio (2016) preleciona que há duas consequências associadas ao termo em destaque, quais sejam, primeiro “[...] reforça a noção de indissociabilidade entre a atividade (da subtração ou do homicídio) e o intuito da vantagem patrimonial” e, em segundo, “transmite-nos impressão de que a compreensão do latrocínio não necessariamente envolvia as atividades de ‘matar’ e ‘roubar’ simultaneamente” e que poderia ser singularizada apenas “como roubo e o assalto, que são ‘atividades violentas do ladrão’”.

Carollo (2013) reforça o entendimento sobre a etimologia do latrocínio a partir das várias denominações dadas pelos romanos por não haver, à época, sistematização dos institutos por particularizarem o julgamento de cada crime e enfatiza que, passada a fase primitiva, cuja vertente era de cunho religioso na instituição das penas, dessa feita, os delitos “passaram a ser divididos em crimes públicos (*crimina publica*) e privados (*delicta privata*), ou seja, o crime deixa de ser meramente um problema do cidadão, do indivíduo, pois até então o Estado Romano entendia que o crime seria um problema da sociedade como um todo”.

Ao enfatizar a importância do Direito Romano, o autor também preleciona e destaca a influência desse sobre o Direito Italiano e que divide o entendimento acerca da instituição do Direito Romano na “Roma antiga, [...] a partir do século IX a.C.” e do Direito Italiano a partir da divisão do Império, por seu declínio, “[...] em metade oriental (Constantinopla) e metade ocidental [...] (Hispania, Gália e a Itália) donde surgiu a Itália moderna [...] desassociada da grandeza do

Império Romano.” Por isso, o Direito Italiano não caracteriza o latrocínio como crime autônomo (CAROLLO, 2013, p. 234).

E, para melhor definição, segundo visto em Dutra (2012), esse autor preleciona que “o latrocínio é das modalidades mais repulsivas da criminalidade. Quem mata para roubar ou rouba matando revela requintada perversidade e cupidez extrema. Objetiva excessiva falta de sentimento e de probidade, numa perfeita revivescência do homem selvagem.” E, a partir desse conceito acerca de ser o mais repulsivo de todos os crimes, esse se encontra previsto nas mais antigas legislações, contudo, sob várias acepções.

2.1 LATROCÍNIO COMO CRIME HEDIONDO

Com a Constituição Federal (1988), instaurou-se uma atualização do sistema de penas e redefinição de alguns crimes, cujas novas penalidades de sanções abrangiam a perda de bens e valores, também dando uma nova nomenclatura como restrição de liberdade e prestação social alternativa e inovou, além dos já mencionados, o Direito Penal, ao introduzir em seu art. 5º, inciso XLIII sobre a locução de crime hediondo que traz em seu escopo *in verbis*:

Art. 5º [...] XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitem (BRASIL, 1988).

Segundo visto em Franco (2011), o autor esclarece que o termo usado como crime hediondo foi a busca de o legislador tipificar, por meio da linguagem, mais rigorosamente, a restrição sobre os direitos e garantias do caput do art. 5º, informando que “os direitos [...] retirados dos agentes que [...] venham a praticar um crime hediondo são: a garantia de fiança, a anistia e a graça.

Segundo o dicionário Léxico é considerado Hediondez:

1.Característica de hediondo;2. Modo de agir ou conduta censurável em termos morais, que provoca abominação, repugnância ou aversão;3. Designação do que provoca asco - asquerosidade;4. Vileza, indecência ou obscenidade;5. Feiura ou repelência.

A primeira de cunho processual e as últimas de direito substancial”, conforme se inserem no art. 107 do Código Penal sobre as causas extintivas de punibilidade.

Por não haver, à época, no dispositivo legal, causando controvérsias, a definição exata do que seria considerado como crimes hediondos, foi promulgada a Lei nº 8.072, em julho de 1990, que trouxe em seu escopo *in verbis*:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados.

Continua Capez (2012) esclarecendo que “em relação ao indulto, a liberdade provisória e a progressão do regime de pena, essas foram restrições promovidas pelo legislador ordinário”, das quais geraram várias discussões doutrinárias acerca da possibilidade ou não de aplicação dos direitos e garantias.

Com isso, visando corrigir as falhas referentes às garantias e direitos fundamentais, foi promulgada, em 2007, a Lei nº 11.464 que confere ao agente o direito “[...] à liberdade provisória e a progressão do regime prisional, mantendo apenas o indulto”.

Toledo (2012) tece críticas sobre o modelo apresentado por erros de técnica legislativa, mas, em sua opinião, o que mais chama a atenção trata-se “[...] quanto à ponderação de bens penalmente tutelados.” Explica que ao se analisarem as leis em comento sobre crimes hediondos e suas alterações, informa haver dúvidas de qual base se deve optar para classificar o crime no rol dos crimes hediondos e qual seria os bens tutelados. Assim se posiciona *“in verbis”*:

Demonstraremos essa insensatez do legislador com apenas dois marcos temporais: o primeiro, no momento do nascimento da lei. A redação original da lei não dispunha de crime de homicídio (bem vida). Passando a integrar esse rol, quatro anos depois com o homicídio qualificado introduzido pela Lei 8.930/94.

Não podemos esquecer-nos que mesmo com a presença do latrocínio, da extorsão e epidemia com resultado morte, nenhum desses crimes tutelam o bem vida, a priori, sendo esses crimes complexos: o segundo momento de total frenesi dos legisladores ocorreu com a Lei 9.677/98 que introduziu o inciso VII-B ‘falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais [...]’ (NUCCI, 2012).

Ao se analisarem os bens tutelados, observam-se incongruências a respeito, ocasionando a total falta de coerência ao se elegerem os bens penalmente protegidos e tutelados e que, segundo Carollo (2013), se verifica “a falta de equilíbrio

na determinação legal das penas, possibilitando assim sanções desapropriadas e incoerentes. ”

O autor finaliza sua crítica se posicionando acerca da postura do legislador penal de ter se deixado influenciar pela mídia e pela política, justificando que há desrespeito a todo e qualquer princípio, impossibilitando a eles, os juristas, participarem e aplicarem a fragmentariedade e a intervenção mínima acerca dos direitos dos cidadãos pelo Estado.

Na defesa de bens tutelados e garantias de direitos, Bitencourt (2012) se posiciona ao afirmar que “tradicionalmente é tida como fim desse ramo do Direito a proteção dos bens jurídicos fundamentais [...] de tudo aquilo capaz de satisfazer uma necessidade humana e que é especialmente valorado pela sociedade e protegido pelo Estado.”

Continua ainda especificando e esclarecendo que esses bens são “[...] a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública. ”

2.2 HISTÓRICO DO LATROCÍNIO

O crime de latrocínio está previsto no Art. 157, § 3º, 2 parte. É o roubo qualificado pelo resultado morte. Nas palavras de Antônio Lopes Monteiro “tutela-se o patrimônio e, além deste, também a liberdade individual e a vida da pessoa humana”.

E como explica Fernando Capez (2012) “Ocorre quando do emprego de violência física contra a pessoa com o fim de subtrair a *res*, ou para assegurar a sua posse ou a impunidade do crime, decorre morte da vítima”, ainda a morte da vítima ou de um terceiro pode resultar tanto do dolo quanto da culpa. Sendo latrocínio consumado ou tentado, a ação correspondente é a pública incondicionada, e da competência do juiz singular, visto que é crime contra patrimônio, como foi colocado pelo Código Penal, embora haja o evento morte.

O latrocínio ocorre quando o agente, mediante o emprego de violência física, com o fito de subtrair coisa alheia móvel, ou ainda para assegurar a posse ou a impunidade do crime, causa a morte da vítima.

O delito em questão é um crime hediondo, de natureza complexa formado pela junção do crime de roubo mais o homicídio, no qual a morte da vítima, pode tanto ser dolosa quanto culposa. Bastando apenas que o sujeito ativo do delito empregue violência para roubar, ou para garantir a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída e que dela resulte a morte da vítima.

É um delito pluriofensivo, pois atenta contra dois bens jurídicos: a vida e o patrimônio, daí o motivo de ser um crime polêmico no ordenamento jurídico.

2.3 RETRATO HISTÓRICO DO LATROCÍNIO

Inicialmente, dentro do período do descobrimento do Brasil, as Ordenações Afonsinas eram o regime jurídico que regia Portugal, sendo desde 1446 até 1514, quando foram editadas as Ordenações Manuelinas por ordem de Dom Manuel, cujas “As penas geralmente não eram pré-fixadas, o que ficava ao arbítrio do juiz que as regulava de acordo com a classe social”.

Greco (2012) destacam que “a legislação Manuelina foi a primeira a vigorar”, e as Ordenações Filipinas surgiram em 1603, instituídas pelo rei da Espanha e Portugal, Filipe II, e foram as que perduraram mais tempo no ordenamento jurídico penal brasileiro, datam dos anos de 1603 a 1830.

As Ordenações do Reino perduraram até a independência do Brasil, em 1822, (período Imperial) e, segundo Toledo (2012), em 1824, foi outorgada “a primeira Constituição brasileira, cujo texto previa a criação urgente de um Código Criminal ‘fundado nas sólidas bases de justiça e equidade’, e declarava expressamente o fim dos suplícios e das penas infamantes. ”

E foi por meio do Livro V das Ordenações Filipinas, incluso pelo Alvará de 1763, que o latrocínio passou a incorporar o rol de crimes previstos, sendo naquela época punido com a pena de morte por enforcamento e com pouca ou quase nenhuma explanação, consta, no Título LXI, a criminalização do crime de roubo como sendo autônoma a infração penal (FABBRINI, 2012).

Em 1830, instituído como Código Criminal do Império, no Título IV, art. 271 – Dos crimes contra a pessoa e contra a propriedade em que, na verificação do roubo ou do ato dele, havido morte, a pena ia desde a condenação de vinte anos, no mínimo, ou perpétua nas galés ou a pena capital (CAROLLO, 2013).

E, em 1940, Dutra (2012) informam que publicou-se o novo Código Penal, ainda com o congresso fechado e “caracterizou-se pelo tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia, que permaneceu fora das discussões e dos cursos jurídicos até os anos 70. ”

Bitencourt (2012) destaca que foi inovador no Código de 1940 a purificação da “figura do crime de roubo, ao afastar dela a violência contra a coisa, que, com acerto, vai alojar no crime de furto qualificado” e, nesse sentido, destaca que “a grave ameaça à pessoa foi inovação acrescentada pelo atual diploma legal, além de equiparar-lhe, genericamente, à impossibilidade de a vítima resistir ou defender-se.”

O anteprojeto do Código Penal de 1969, de acordo com a exposição de motivos nº 55, “eliminando dúvidas surgidas na aplicação da lei atual” optou por inserir o dolo numa figura típica especial em relação à morte e deixou claro que haveria consumação do delito mesmo quando a subtração patrimonial não se consumasse, ou seja, a mera caracterização de uma morte ligada a uma subtração patrimonial tentada ou consumada já caracterizaria o latrocínio, senão vejamos:

“Art. 168, §3º: “Se, para praticar o roubo ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém, a pena será de reclusão de 15 a 30 anos, além de multa, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumir-se.” Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 65”. (Latrocínio).

No Brasil foi através de um alvará datado de 20 de outubro de 1763 que o delito de latrocínio passou a integrar o elenco dos crimes previstos no livro V das Ordenações Filipinas, com pena de morte por enforcamento, segundo Greco (2012).

Posteriormente, entrou em vigor o “Código Criminal do Império do Brasil”, instituído pela Lei de 16 de dezembro de 1830, que previa no Título IV (Dos crimes contra a pessoa, e contra a propriedade) o seguinte:

Art. 271. Se para verificação do roubo, ou no ato dele, se cometer morte.

Penas - de morte no grau máximo; galés perpetuas no médio; e por vinte anos no mínimo.

Art. 274. A tentativa do roubo, quando se tiver verificado a violência, ainda que não haja a tirada da coisa alheia, será punida, como o mesmo crime, substituindo o Código Criminal, foi editado o Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890, que instituiu o “Código Penal dos estados Unidos do Brasil”, que previa no Título XIII (*Dos crimes contra a pessoa e a propriedade*), Capítulo I (*Do roubo*) (CAPEZ, 2012).

Art. 359. Si para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se cometer morte:

Pena – de prisão por doze a trinta anos.

§ 1º Si cometer-se alguma lesão corporal das especificadas no art. 304:

Pena – de prisão por quatro a doze anos.

Art. 360. A tentativa de roubo, quando se tiver realizado a violência, ainda que não se opere a tirada da coisa alheia, será punida com as penas do crime, si dela resultar a morte de alguém, ou a pessoa ofendida alguma lesão corporal das especificadas no art. 304.

Conforme os tipos penais acima transcritos, ambos os códigos dispunham que em caso de emprego de violência a pena a ser aplicada seria idêntica, independentemente de restar consumada a subtração.

Conforme Capez (2012) o atual Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei N.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940), no Título II (Dos crimes contra o patrimônio), Capítulo II (Do Roubo e da Extorsão), conforme já transcrito acima (art. 157 e § 3º), não seguiu a mesma orientação dos anteriores, deixando de disciplinar a tentativa de subtração em caso de emprego de violência, que resulte lesão grave ou morte, o que impõe a utilização da regra de extensão trazida pelo art. 14, II e seu parágrafo único, que dispõem:

Art. 14 - Diz-se o crime: (...)

II - Tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Os autores exortam que desde ponto em diante, com a quebra do regime militar, os novos dispositivos voltaram a ter um caráter mais humano, de cunho social, com a reintrodução da criminologia frente às ciências penais, garantindo assim, um tratamento mais democrático e humanizado relativo à pena.

2.4 LATROCÍNIO

Greco (2012, p. 234) sintetiza bem todo o conceito de latrocínio:

“A morte, que qualifica o roubo, faz surgir aquilo que doutrinariamente é reconhecido por latrocínio, embora o Código Penal não utilize essa rubrica. Assim, se durante a

prática do roubo, em virtude da violência empreendida pelo agente, advier à morte dolosa ou mesmo culposa da vítima, poderemos iniciar o raciocínio correspondente ao crime de latrocínio, consumado ou tentado, conforme veremos mais adiante. ”

Greco (2012, p. 239), contudo, expõe entendimento contrário dizendo que o crime de latrocínio somente poderia ser assim classificado, se no que se refere ao resultado morte, o agente tiver agido com culpa:

“Em sentido contrário, aduzindo que o resultado morte somente pode ser atribuído ao agente a título de culpa, Israel Domingos Jorio, em monografia específica sobre o tema, traçando um paralelo entre diversos delitos que preveem a morte como qualificadora do crime, preleciona: ‘Se o agente quis o estupro e quis o homicídio, não há razão para se apenar apenas um dos crimes e desconsiderar o outro. Praticou dois crimes e deve responder por ambos, um e outro. A morte, como resultado, não é exaurimento de conduta dolosa tendente ao estupro; é resultado provocado por ação consciente, que preenche todos os requisitos necessários a tipificação do crime de homicídio.

Neste diapasão, Bitencourt (2012) diz:

“Comparando o texto legal com outras previsões semelhantes do Código Penal “se da violência resulta lesão corporal grave” ou “se resulta morte”, constata-se que, pela técnica legislativa empregada, pretendeu o legislador criar duas figuras de crimes qualificados pelo resultado, para alguns, crimes preterdolosos.

E assim, ainda, o explica a exemplo do que ocorre com a lesão corporal de natureza grave, a morte, em princípio, deve decorrer de culpa. Contudo, normalmente, o resultado mais grave lesão ou morte é produto de culpa, que complementaria a conhecida figura do crime preterdoloso dolo no antecedente e culpa no consequente, como a doutrina gosta de definir (NUCCI, 2012).

Conclui o raciocínio dizendo, contudo, na hipótese em apreço, a extrema gravidade das sanções cominadas uniu o entendimento doutrinário, que passou a admitir a possibilidade, indistintamente, de o resultado agravador poder decorrer tanto de culpa quanto de dolo, direto ou eventual.

Volta a classificá-lo como crime de roubo agravado pelo resultado, porém, sem discutir o mérito do dolo ou culpa no evento morte:

Poderia o legislador ter adotado o nomen juris “latrocínio”, não o fez, provavelmente, porque preferiu destacar que, a despeito dessa violência maior lesão grave ou morte, o latrocínio continua sendo roubo, isto é, um crime, na essência, de natureza patrimonial (FRANCO, 2011, p.23).

Faz uma conjuntura do entendimento doutrinário em relação a este disparate da norma penal em questão com toda a sistemática do Código Penal Brasileiro:

“Observando-se a sistemática de nosso Código Penal, constata-se que o art. 157, § 3º, pretendeu tipificar um crime preterdoloso, uma vez que a locução utilizada, “se resulta”, indica, normalmente, resultado decorrente de culpa, e não meio de execução de crime, no caso roubo próprio ou impróprio. No entanto, como já referimos no tópico anterior; a severidade das penas cominadas não se harmoniza com crime preterdoloso. Procurando minimizar a inocuidade congênita da estrutura tipológica em apreço, a doutrina passou a sustentar a possibilidade de o resultado morte ser produto de dolo, culpa ou preterdolo, indiferentemente” (JESUS, 2010, p. 45).

Como o latrocínio é crime complexo, e como tal, uno, indecomponível nos fatos que o estruturam e integram, configura-se o ilícito mesmo quando o agente mata para fugir, evitando sua captura. A consumação do latrocínio ocorre com a efetiva subtração e a morte da vítima.

Questões surgem quando um dos componentes desse crime complexo (subtração e morte) não se consuma. Caso ambos sejam apenas tentados, responderá o agente pelos conatus, conforme orientação pacífica na doutrina e na jurisprudência (TOLEDO, 2012).

Ocorrendo apenas subtração e não a morte da vítima que o agente pretendia matar, há também tentativa de latrocínio ou roubo com lesão corporal grave, quando, porém, ocorre a morte e não a subtração são várias as sugestões para a capitulação do fato, referindo-se algumas delas ao homicídio qualificado, praticado para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime (art. 121, § 2, inc. V). São elas: Tentativa de furto em concurso formal com homicídio qualificado; tentativa de roubo em concurso material com o

homicídio qualificado; homicídio qualificado; latrocínio tentado
latrocínio consumado (CAPEZ, 2012, p. 323).

Essa última orientação, adotada no Supremo Tribunal Federal (Súmula 610, 2012), é a imperfeita, embora não perfeitamente ajustada a letra da lei, que exige, para a consuma do crime complexo, a dos elementos componentes. As duas primeiras orientações desmembram o crime complexo em duas partes, classificando-as separadamente, a terceira ignora a tentativa de subtração e a quarta leva a uma punição absurdamente benéfica (CAPEZ, 2012).

Segundo Fabbrini (2012) no caso do roubo tentado e homicídio preterintencional (exemplo: o agente, sem querer nem assumir o risco do resultado, mata culposamente a vítima e não consegue consumir a subtração por motivos alheios à sua vontade), aplica-se o art. 157. § 3, forma de tentativa de roubo seguida de morte. Ainda que o agente na execução apenas do roubo, por força do art. 157, responde ele pelo resultado morte causado pelo autor quando o evento era ao menos previsível.

Trata-se, de crime qualificado pelo resultado não se aplicando o art. 29, § 2º, que se refere apenas à cooperação dolosamente distinta nos crimes simples (básicos). Aliás, o último dispositivo refere-se apenas a “participar não à” co-autoria”, distinguidas na nova lei penal, roubo e mão armada, assim, respondem pelo resultado morte, situado em pleno desdobramento causal da ação criminosa, todos os que, mesmo não participando diretamente da execução do homicídio (excesso quantitativo), planejaram e executaram o tipo básico assumindo conscientemente o risco do resultado mais grave durante a ação criminosa (CAPEZ, 2012, p. 345).

É até irrelevante a identificação do acusado que disparou a arma contra a vítima, mas a decisão no sentido de aplicação do art. 29 § 2º, com a condenação pelo roubo simples, com aumento de pena de metade pela previsibilidade do resultado morte. Também somente se puniu apenas por furto o partícipe que ficou de vigia na rua, enquanto outros agentes entraram nos prédios desarmados, para a realização do furto, ignorando existência de vigia, sendo este morto de improviso, com instrumentos encontrados fortuitamente no lugar (NUCCI, 2012).

A pena do latrocínio, consumado ou tentado, é acrescida de metade, respeitando o limite superior de 30 anos de reclusão estando à vítima em qualquer das hipóteses mencionadas no art. 227 do CP, que se referi ao ofendido que não é maior de 14 anos, é alienado ou débil mental, conhecendo o agente essa

circunstância, ou não pode, por qualquer causa, oferecer resistência (ZAFFARONI, 2013).

A doutrina procura minimizar a crise, elaborando teorias para preencher as lacunas da lei. Contudo, há muitas controvérsias entre os diversos autores que tratam do tema. Quando ambos os delitos-membros se consumam, não há dúvidas que o latrocínio considerar-se-á consumado.

As razões do acréscimo são óbvias: a menor possibilidade de defesa da vítima e o elevado grau de insensibilidade do agente. Entretanto, com o aumento de metade, ainda que sobre a pena mínima, alcança-se o limite máximo de 30 anos imposto pelo próprio artigo. Isso significa que não há diferença entre o mínimo e o máximo de pena cabível na hipótese, o que tem levado à afirmação de que, nessa parte, o dispositivo é inconstitucional por impedir a individualização da pena, garantida pela Carta Magna (FRANCO, 2011, p. 345).

A mesma lei definiu o latrocínio como crime hediondo (art. 1º), posteriormente, essa classificação foi confirmada pelo art. 1º, da Lei nº 8.930 de 6-9-94, que deu nova redação ao art. 1º, da Lei nº 8.072/90. Dessa forma, o autor desse delito não pode ser beneficiado com a anistia, graça ou indulto (art. 2º, 1), não tem direito à fiança ou liberdade provisória (art. 2º, II), deverá cumprir a pena integralmente em regime fechado (art. 2º, §1º), sua prisão temporária pode estender-se por 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema necessidade (art. 2º, § 3º) e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se poderá apelar em liberdade, podendo, pois negar o benefício, ainda que o condenado seja primário e de bons antecedentes.

2.5 TIPO OBJETIVO E TIPO SUBJETIVO

O elemento objetivo do tipo penal consubstancia-se nas seguintes ações: subtrair coisa alheia móvel; uso de violência; resultado morte. Subtrair coisa alheia móvel é o ato de assenhoreamento de coisa pertencente a outrem, ou seja, tornar-se dono de objeto que juridicamente não lhe pertence. "Subtrair significa tirar, fazer desaparecer ou retirar e, somente em última análise, furtar (apoderar-se)" (CAPEZ, 2012).

Em síntese, é o ato de furtar. O uso de violência, como já dissemos anteriormente, é o emprego da *vis corporalis*, violência real, atingindo a integridade física do ofendido. Por fim, o resultado morte dispensa maiores comentários, sendo suficiente para tal o conceito biológico (FRANCO, 2011).

Contudo, é importante observar que o resultado morte deve ter tido nexos causal com a violência empregada, ou seja, da violência praticada pelo agente deve advir, necessariamente, a morte da vítima. Assim, se for constatado, posteriormente, em exame pericial, que a morte da vítima foi causada por outra circunstância, que não a violência empregada pelo agente, restará descaracterizado o latrocínio, devendo responder o agente pelo roubo simples.

A conduta típica do roubo é subtrair coisa móvel, para si ou para outrem, mas, ao contrário do furto simples e do furto qualificado, há o emprego da violência ou grave ameaça, e esta vai dirigida contra a pessoa.

Fabrini distingue bem os dois tipos, exemplificando:

O furto é, em geral, crime do indivíduo de casta ínfima, do pária, destituído, em regra, de audácia e temibilidade para o roubo ou para a extorsão; de inteligência para o estelionato; e desprovido de meios para usurpação. É esta violência, grave ameaça contra a pessoa ou qualquer outro meio que impossibilite a resistência da vítima, que tipifica, juntamente com a subtração, o crime de roubo (FABRINI, 2012, p. 345).

No tocante à subtração da res e ao emprego da violência é imprescindível estar presente o dolo, vontade livre e consciente de subtrair coisa alheia móvel mediante violência. Questão está que não encontra maiores problemas na doutrina e jurisprudência. Entretanto, no que concerne ao resultado morte, a doutrina é bastante controversa quanto ao elemento subjetivo.

Observando no texto legal, a expressão "se resulta morte", temos que aparentemente se trata de preterdolo. Isso porque tal expressão dá a entender, por critérios de hermenêutica jurídica, que o sujeito queria apenas impedir a vítima de oferecer resistência, vindo a matá-la sem a pretensão maior de cometer um crime contra a vida. Porém, o resultado é mais grave do que o pretendido (CAPEZ, 2012).

Teríamos, portanto, configurado o preterdolo. Malgrado o texto legal aparentar tratar-se de crime preterdoloso, as penas contrariam tal hipótese, pois são mais severas até mesmo do que o homicídio doloso. Neste, a pena é de reclusão de seis a vinte anos; naquele, a pena é de reclusão de vinte a trinta anos, além da multa.

Dessa forma, não há como se falar apenas em ação preterdolosa para a incidência das penas previstas no artigo 157, § 3º, parte final, do estatuto repressivo, tendo em conta a severidade do apenamento. Sendo assim, o melhor entendimento é de que o latrocínio tem como elemento subjetivo tanto o dolo como o preterdolo (FABRINI, 2012).

A coisa deve ser móvel e alheia, a coisa é um termo amplo para o Direito Penal, e como o dispositivo tutela, em princípio, o patrimônio, deve possuir valor econômico. Contudo, não se podem excluir certas coisas que para a vítima possuem valor de afeição, exemplo: um anel de herança repassado de pai para filho, pela sua utilização (valor de uso), devendo ser alheia, a coisa pertencerá a outrem, ou estará na posse de terceiros.

Mas, nos termos exatos da norma exposta no art. 157, § 3º, do Código Penal, se da violência do agente resulta a morte, assim, tipificando o roubo, seja ele próprio (o do caput pela subtração precedida da violência ou da grave ameaça contra a pessoa) ou impróprio (o do § 1º, caracterizado pela violência ou grave ameaça contra a pessoa, após a subtração para garantir a posse da coisa subtraída), ocorrendo à morte da vítima, mesmo que seja pessoa diversa da do titular do bem patrimonial, tipificado está o latrocínio (CAPEZ, 2012, p. 456).

De acordo com Fabbrini (2012), o tipo subjetivo é o dolo genérico (vontade livre e consciente de subtrair a coisa) acompanhado do dolo específico, expresso na frase “para si ou para outrem”. É o *animus furandi* ou o *animus REM sibi habendi*, mas no latrocínio não se perquire se o evento morte foi ou não pelo agente, o latrocínio independe do dolo do agente para o resultado morte.

2.6 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Do ponto de vista de Toledo (2012) como crime comum que é, o latrocínio tem como sujeito ativo qualquer pessoa, o sujeito passivo, por sua vez, será o proprietário, ou o possuidor da coisa. Serão também sujeitos passivos todas as pessoas que forem vítimas fatais da violência praticada pelos agentes no momento da subtração ou logo após, independentemente de sua relação com o bem patrimonial subtraído.

2.7 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Se já não é fácil conceituar o latrocínio baseando-se nos entendimentos de nossos eméritos doutrinadores, também não é, definir com unanimidade, as hipóteses decorrentes das situações de consumação e tentativa de latrocínio.

Para iniciarmos estas possibilidades, vamos começar com o que é unânime na doutrina pátria, ou seja, a hipótese de delito onde tanto a subtração patrimonial quanto a morte da vítima se consumam. Neste caso não há o que se falar em outra hipótese senão: latrocínio consumado (FRANCO, 2011).

Outro ponto pacífico entre os doutrinadores refere-se à possibilidade de, tanto a subtração patrimonial quanto o homicídio, permanecerem na forma tentada. Deste modo, estaríamos diante de um latrocínio tentado.

As divergências começam a surgir quando uma das situações não se consuma, ou seja, ou a subtração ou a morte.

Assim preleciona Bitencourt (2012, p. 234):

“Tratando-se de crime complexo, cujos crimes membros são o roubo e a morte, surgem grandes dificuldades interpretativas quando algum de seus componentes não se consuma. Sem sombra de dúvida, porém, quando não se consumar nem a subtração nem a morte, a tentativa será de latrocínio. Ocorrendo somente a subtração e não a morte, admite-se igualmente a tentativa de latrocínio. Quando se consuma somente a morte e não a subtração, as divergências começam a aparecer. ”

De acordo com Zaffaroni (2013), merece especial atenção no estudo do latrocínio o item consumação e tentativa, em face da duplicidade do bem jurídico tutelado, os problemas surgem quando um dos componentes do crime não se consuma, podem sintetizar da seguinte forma, a morte consumada e subtração consumada é o latrocínio consumado, e não homicídio qualificado e consumado em concurso com furto consumado.

A morte consumada e subtração tentada é a solução para esta hipótese é a mais controvertida, havendo cinco correntes; latrocínio tentado, homicídio qualificado consumado em concurso material com roubo tentado, homicídio qualificado consumado em concurso formal com furto tentado, homicídio qualificado, latrocínio consumado, morte tentada e subtração consumada e morte tentada e subtração tentada.

“Súmula 610 do STF: Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima. ”

2.8 PENA E AÇÃO PENAL

Conforme Capez (2012), a pena para este crime já era uma das mais severas do Estatuto Repressivo, e a Lei dos Crimes Hediondos manteve essa característica, o mínimo legal foi alterado, ficou assim a pena reclusão de 20 a 30 anos.

Mas, ex vi do art. 9º da Lei n. 8.072/90, se o crime for cometido estando à vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 do Código Penal este artigo trata da violência presumida nos casos de a vítima não ser maior de catorze anos, serem alienada ou débil mental e o agente conhecer a circunstância, e não poder, por qualquer causa, oferecer resistência, a pena será acrescida da metade.

Assim temos situações em que não haverá mínimo nem máximo, pois ambos serão de trinta anos, o mínimo pelo acréscimo de dez (metade), o máximo pelo limite legal (trinta anos), imposto pelo mesmo artigo.

Segundo Jesus (2010), no crime de latrocínio, mais do que em outros, deve-se atentar para as regras do art. 29 do Código Penal, sobretudo no que se refere à conduta do partícipe, desnecessário saber qual dos co-autores do latrocínio causou verdadeiramente à morte da vítima, pois todos respondem pelo fato, mais ainda pela previsão do art. 9º acima exposta.

A ação penal no crime de latrocínio é pública e incondicionada, a competência é do juiz singular e não do tribunal do júri, é um crime contra o patrimônio (pela própria localização no Código), embora haja o evento morte, este entendimento é pacífico, e o Supremo Tribunal Federal editou o verbete n. 603 de sua súmula: “a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri” (NUCCI, 2012).

Conforme Bitencourt (2012), a ação penal, como poderia deixar de ser, é, em qualquer hipótese, de natureza pública incondicionada, a competência para julgar o crime de latrocínio, a despeito de um dos crimes-membros ser contra a vida, é da competência do juiz singular, essa opção político-criminal foi feita pelo legislador brasileiro de 1940 e tem sido respeitada pela legislação posterior, pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

2.9 PELO RESULTADO MORTE: LATROCÍNIO

A morte da vítima é a qualificadora máxima deste crime, tudo o que disse-lhe-à sobre o roubo qualificado pelas lesões corporais graves aplica-se ao roubo com morte, exatamente como na lesão grave, a morte pode resultar em outra pessoa que não a dona da coisa subtraída, havendo, igualmente, dois sujeitos passivos. Poderia o legislador ter adotado o nomen júris “latrocínio”; não o fez, provavelmente, porque preferiu destacar que, a despeito dessa violência maior, lesão grave ou morte, o latrocínio continua sendo roubo, isto é, um crime, na essência, de natureza patrimonial (FRANCO, 2011).

Pretendeu tipificar um crime preterdoloso, uma vez que a locução utilizada “se resulta”, indica, normalmente, resultado

decorrente de culpa, e não meio de execução de crime, no caso de roubo próprio ou impróprio. No entanto a severidade das penas cominadas não se harmoniza com crime preterdoloso, procurando minimizar a inocuidade congênita da estrutura tipológica em apreço, a doutrina passou a sustentar a possibilidade de o resultado morte ser produto de dolo, culpa ou preterdolo, indiferentemente (BITENCOURT, 2012, p. 345).

Toda sanção agravada em razão de determinada consequência do fato somente pode ser aplicada ao agente se este houver dado causa pelo menos culposamente, com o latrocínio não é diferente, aplicando-se integralmente o consagrado princípio *nulla poena sine culpa*, e rechaçando-se completamente a responsabilidade objetiva.

Na verdade, o evento morte, no latrocínio, tanto pode decorrer de dolo, de culpa ou de preterdolo, e se lhe atribuir a mesma sanção com a gravidade que lhe é cominada (20 a 30 anos de reclusão), o que agride o bom senso e fere a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, este nos crimes culposos, revela o desvalor do resultado, destacando, fundamentalmente, o desvalor da ação, no homicídio doloso (6 a 20 anos) e no culposo (1 a 3 anos).

Enfim, uma coisa e matar para roubar ou para assegurar a impunidade ou o produto do crime, outra, muito diferente, são provocar esses mesmos resultados involuntariamente, as conseqüências, num plano de razoabilidade, jamais poderão ser as mesmas, como está acontecendo com este dispositivo. Nesse particular, recomendamos vênha concessa, ao prezado leitor uma passagem d'olhos no que escrevemos a respeito quando abordamos as lesões corporais graves e gravíssimas (BITENCOURT, 2012, p. 234).

A diversidade de vítimas fatais não altera a tipificação criminosa, continuando a configurar latrocínio único, sem concurso formal, cujo número de vítimas deve ser avaliado na dosagem de pena, nos termos do art. 59, a maior dificuldade no tratamento desses crimes reside na definição da tentativa, que tem sido objeto de imensa controvérsia e complexidade, grande parte em decorrência da deficiente técnica legislativa, que tem dificultando as soluções estritamente jurídicas.

3. RESULTADO MORTE DECORRENTE DE GRAVE AMEAÇA: NÃO TIPIFICA LATROCÍNIO

Em relação à tipificação do crime de latrocínio, merece destaque a elementar típica da violência, uma vez que, examinando o caput do art. 157 e o texto de seu §

3º, definidor desse crime, constata-se uma séria distinção: no caput, tipifica-se o emprego da “grave ameaça ou violência a pessoa”; e o resultado agravador deve resultar de “violência”, essas redações estão muito claras nos respectivos textos legais, não exigindo nenhum esforço demonstrativo, por outro lado, também é desnecessário discorrer longamente sobre os distintos significados das locuções “grave ameaça” e “violência a pessoa”, que, aliás, já foram trabalhadas (FABRINI, 2012).

Do ponto de vista de Bitencourt (2012), a violência contida no § 3º é somente a física (*vis corporalis*), e não a moral (*vis compulsiva*), o resultado agravador, lesão grave ou morte, para tipificar a figura inculpada no dispositivo em exame, deve, necessariamente, “resultar” de violência, que, como à sociedade não se confunde com grave ameaça, especialmente na sistemática adotada em nosso Código Penal.

Assim, por exemplo, no caso de alguém que é assaltado e, mesmo sem o emprego de violência física, assusta-se com a presença da arma, sofrendo um enfarto e vindo a falecer, não se tipifica o crime de latrocínio. Nessa hipótese, a alternativa legal surge por meio do concurso de crimes: roubo e homicídio; este poderá ser doloso ou culposo, dependendo das circunstâncias fáticas, do elemento subjetivo etc. (FRANCO, 2011).

Entendimento contrário, satisfazendo-se simplesmente com a relação causal entre o roubo e o resultado mais grave, sem examinar o pressuposto as elementares violências, não reside ao crivo dos princípios da tipicidade estrita e da reserva legal, representando, quanto ao excesso, autêntica responsabilidade objetiva, totalmente afastada pela reforma penal de 1984 e pela Constituição Federal de 1988 (CAPEZ, 2012).

4. MORTE DE COMPARSA: INOCORRÊNCIA DE LATROCÍNIO

A morte de qualquer dos participantes do crime (sujeito ativo) não configura latrocínio, assim, se um dos comparsas, por divergências operacionais, resolve matar o outro durante um assalto, não há falar em latrocínio, embora o direito proteja a vida humana, independentemente de quem seja seu titular, e não apenas a da vítima do crime patrimonial. Na realidade, a morte do comparsa, nas circunstâncias, não é meio, modo ou forma de agravar a ação desvaliosa do latrocínio, que determina sua maior reprovabilidade (BARBOSA, 2013).

Segundo Bitencourt, (2012, p. 124):

A violência exigida pelo tipo penal está intimamente relacionada aos sujeitos passivos naturais (patrimonial ou pessoal) da infração penal, sendo indispensável essa relação

causal para configurar o crime preterdoloso especialmente agravado pelo resultado. No entanto, convém ter cautela ao analisar essas questões, pois também aqui tem inteira aplicação o erro quanto á pessoa (art.20, § 3º, do CP), se o agente, pretendendo matar a vítima, acaba matando o co-autor, responderá pelo crime de latrocínio, como se tivesse atingido aquela, logo, é latrocínio.

Não haverá latrocínio, por sua vez, quando a própria vítima reage e mata um dos assaltantes, a eventual morte de comparsa em virtude de reação da vítima, que age em legítima defesa, não constitui ilícito penal algum, sendo paradoxal pretender, a partir de uma conduta lícita da vítima, agravar a pena dos autores.

5. LATROCÍNIO OU ROUBO QUALIFICADO PELA MORTE

Cuida-se de mais uma hipótese de crime qualificado pelo resultado. No caso, em vez de lesão corporal grave, a violência física posta em prática pelo agente, para efeito de concretizar a subtração de coisa alheia móvel, acarreta a morte da vítima.

É óbvio que o agente não tem, nessa situação, por objetivo primeiro, a intenção de matá-la para executar, depois, a subtração. A morte não é, portanto, querida, nem o agente assume o risco de produzi-la, porque o tipo adequado, nesse caso, não é o do § 3.º do art. 157 do Código Penal, mas, sim, o do art. 121, § 2.º, I e V, do Código Penal: “Matar alguém”, “por motivo torpe”, “para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade, ou vantagem de outro crime”, em concurso material com o roubo simples ou agravado, consumado ou apenas tentado (ZAFFARONI, 2013).

A morte não expressa, portanto, um tipo subjetivo doloso. O resultado “morte” decorre de um proceder culposo do agente na execução do delito de roubo, não dá explicitação de uma *nimus necandí* (NUCCI, 2012).

E, por isso, o *plus* qualificador deve ser debitado a ele a título de culpa para que não o seja por pura responsabilidade objetiva. Como observa Toledo (2012), nos delitos qualificados pelo resultado, “há um misto de dolo e culpa: o crime basicamente doloso torna-se mais grave, se sobrevém resultado culposo (não querido, nem mesmo eventualmente) derivado da inobservância do cuidado exigível”.

No Código Penal, são detectáveis várias figuras delituosas que obedecem a essa linha de montagem. Assim, são construídos os tipos de extorsão qualificada, de extorsão mediante sequestro qualificada, estupro qualificado, atentado violento ao pudor qualificado, lesão corporal seguida de morte etc. (GRECO, 2012).

A Lei 8.072/90 não altera, conceitualmente, o § 3.º do art. 157 do Código Penal. Dá-lhe, apenas, um tratamento penal mais rigoroso, sintonizando-o com o da extorsão qualificada. A pena privativa de liberdade, nessas figuras criminosas, tem sua baliza mínima exacerbada de quinze para vinte anos de reclusão, procedendo-se, na hipótese de extorsão mediante sequestro de que resulta morte, uma elevação maior: de vinte para vinte e quatro anos de reclusão (FRANCO, 2011).

Essa agravação provoca um indesejável desequilíbrio em todo o sistema sancionatório do Código Penal, estabelecendo incríveis distorções. Mas o novo diploma legal só visa o aumento da carga punitiva, não efetuando nenhuma mudança nos termos definidores de qualquer desses tipos e, em particular, do delito do § 3.º do art. 157 do Código Penal (GRECO, 2012).

Antes de tudo, porque a circunstância de a Lei 8.072/90 ter dado a denominação de “latrocínio” ao fato criminoso referido no § 3.º do art. 157 do Código Penal não basta para transformar sua descrição típica. O *nomen iuris* não tem o condão de modificar o tipo subjetivo (NUCCI, 2012).

A estrutura do § 3.º do art. 157 do Código Penal tem a mesma textura dos tipos dos arts. 158, § 2.º, e 159, § 3.º, do Estatuto Punitivo, e ninguém põe em dúvida de que se trata de um crime qualificado pelo resultado, ou seja, “a ação iniciou-se com dolo e findou-se, culposamente, porque a morte não se achava incluída na vontade, no propósito criminoso do agente” (TOLEDO, 2012).

Pouco importa se a Lei de Crimes Hediondos teve a pretensão de punir com maior severidade o resultado “morte”, de caráter doloso: não poderia, por certo, alcançar esse objetivo, com o mero acréscimo, de uma denominação jurídica à figura criminosa do § 3.º do art. 157 do Código Penal.

Teria sido mais adequado desdobrar hipóteses, distinguindo, no roubo, o resultado “morte” doloso e o resultado “morte” culposo. Nessa situação, bastaria que o legislador tivesse tomado, por modelo, o Código Penal de 1969, que separa, com a necessária nitidez, a forma qualificada pelo resultado (que repete, na sua tessitura típica, o § 3.º do art. 157 do CP) do latrocínio (art. 167, § 5.º) (JESUS, 2010).

A manobra de dar nome de latrocínio à forma qualificada pelo resultado “morte” para daí extrair-se a conclusão de que se pune tal resultado, sob a ótica exclusiva do dolo, constitui uma ofensa grave ao princípio constitucional da legalidade na medida em que admite o recurso à analogia incriminadora (GRECO, 2012).

Nessa hipótese, o agente vê frustrada a sua empreitada criminosa, não conseguindo subtrair a res e, não obstante utilize de meios para tirar a vida da vítima durante a tentativa de roubo, também não logra êxito no homicídio.

Sucedendo, no entanto, que art. 1.º da Lei 8.072/90, que rotula no Código Penal os crimes hediondos, constitui um desmentido dessa incompatibilidade, na medida em que formula, explicitamente, um elenco de crimes qualificados pelo resultado morte. Ora, a própria definição dessa tipologia criminal exclui que o resultado "morte" tenha sido dolosamente causado porque se o agente atua, com dolo direto ou eventual, o que ocorre, em verdade, é a execução de uma conduta que se ajusta ao tipo do homicídio doloso (JESUS, 2010, p.67).

Nunca é demais, no entanto, insistir no fato de que a morte, no crime qualificado pelo resultado, não se confunde com o homicídio culposo. Naquela o autor realiza uma ação dolosa inicial que se finda com a morte previsível da vítima; nessa o agente falta a um dever objetivo de cuidado que lhe era imposto na situação concreta em que se achava, provocando, em consequência, um resultado típico.

Em oposição ao entendimento acima transcrito, lecionando que no delito de "latrocínio" a morte pode decorrer de dolo ou culpa, traz o seguinte: A doutrina dominante entende o roubo qualificado pelo resultado como um latrocínio ambivalente, ou seja, aquele que exige dolo na conduta inicial (de roubo) e culpa ou dolo no resultado alcançado (no caso a morte); tendo assim a seguinte fórmula: dolo + culpa/dolo (CAPEZ, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que problema surge quando se percebe que o resultado morte, capaz de qualificar o latrocínio, pode ser ocasionado a título de dolo ou de culpa, e a má redação do dispositivo legal, que não faz distinção entre o resultado morte doloso ou culposo ocasionar um grave equívoco axiológico do intérprete e do magistrado.

Equiparar a morte culposa e subtração tentada à morte e subtração consumada é uma evidente violação ao princípio da proporcionalidade, que não pode ser proscrito por mais abominável que possa parecer o crime em tela. Deve-se reconhecer a tentativa, como uma forma de restaurar a melhor técnica de aplicação dos crimes complexos, bem como preservar os interesses e garantias fundamentais, que não podem, em tempo algum, serem violados, por mais nobres que sejam as intenções por trás delas.

Se há defeitos na lei, o magistrado dispõe das circunstâncias judiciais e legais para dosar a pena na medida da culpabilidade do agente, caso ocorra a morte da vítima, sem consumação da subtração. Porém, por mais valioso que seja o bem jurídica vida, não se pode permitir que se utilize de uma interpretação extensiva em prejuízo do Réu, pois a pretexto de defender a sociedade, estaremos a violentá-la, criando um perigoso precedente que poderá ser repetido, desta vez com intenções não tão nobres.

O latrocínio, devido à má regulamentação legislativa, é um delito que necessita, exorbitantemente, de apoio doutrinário e jurisprudencial. É justamente aí que reside a importância de um estudo aprofundado e a elaboração de textos científicos sobre o tema, para que se possa, com a teoria doutrinária, compensar a lacuna na lei e ajustar a prática jurídica em busca do fim maior do Direito, que é a Justiça.

Porém, as divergências doutrinárias são infundáveis, sobretudo no que tange à consumação e tentativa. Isso faz com que casos idênticos sejam julgados de maneira diferente, o que acaba por influir na segurança jurídica, gerando um clima de instabilidade e de revolta, mormente nos que acabam sendo prejudicados pelas decisões.

Assim, a melhor alternativa para resolver esse problema seria a elaboração de um texto legislativo suprindo as falhas existentes. Enquanto a correção pelo Poder Legislativo não se efetiva, cabe aos operadores e estudiosos do direito buscarem as melhores soluções, utilizando os dispositivos legais já existentes, evitando-se utilizar interpretação extensiva *in malam parte*.

Dessa forma, utilizando-se os preceitos legais existentes e observando-se os princípios gerais de direito penal, é forçoso concluir que os elementos que compõem o tipo penal complexo de latrocínio ainda tem muito que se discutir e estudar, cabendo ao julgador, quando da dosimetria da pena, observar o *iter criminis* para atenuar a pena no montante proporcional à gravidade da ação do agente, em razão das mudanças trazidas pela Súmula 610 do STF, posto que o delito se consuma independentemente da subtração da coisa, logo, bastando a morte da vítima já estaria consumado o delito de latrocínio.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Latrocínio**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. vol. 3: **Legislação penal especial** – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAROLLO, João Carlos. **O crime de roubo e latrocínio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DUTRA, Mário Hoepfner. **O Furto e o roubo: em face do Código Penal Brasileiro**. Coleção "Philadelpho Azevedo". São Paulo: Max Limonad, 2012.

FABBRINI, Júlio Mirabete, **Manual de Direito Penal**, 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial**. 7^a ed. ver. e atual. São Paulo, Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal, lições**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 7.^a ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio, a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio, Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral**. 2.^a ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Disponível em: < <https://www.lexico.pt/hediondez/> > acesso em: 11/04/2021.

O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

NATIELI FERNANDES SAVES:
bacharelanda em direito pela
Universidade **Brasil**

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Desde muito antes do advento da lei 13.718/18, as mulheres sofrem com a importunação sexual causada por terceiro, que sem o consentimento da vítima, visa satisfazer a sua própria lascívia ou a de outrem. Embora a importunação sexual seja um tema pouco discutido, é de grande relevância a sua importância, se fazendo presente na vida de muitas pessoas. A conduta tipificada no artigo 215-A do Código Penal, ocorre com frequência, especialmente, em ambientes públicos e de livre acesso a população. No entanto, muitas vítimas desse delito desconhecem o seu significado e até mesmo os seus direitos. Para conhecer melhor esse tema, foi realizado uma pesquisa por livros e monografias nos meses de setembro a novembro de 2020, envolvendo um procedimento bibliográfico e de natureza qualitativa, que visa apurar dados e pesquisas científicas. Constatou-se, portanto, a importância da prevenção através de informações e relatos acerca do tema abordado, tendo em vista que pode causar diversos prejuízos morais e psicológicos à vítima.

Palavras-chave: Importunação Sexual. Ato Libidinoso. Lascívia. Vulnerabilidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. 1.1 Do tipo penal. 2 ENFOQUE HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL. 2.1 Da importunação ofensiva ao pudor. 2.2 Alterações promovidas pela Lei 13.718/18. 3 NARRATIVAS DE CASOS DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL, APÓS O ADVENTO DA LEI 13.718/18. 4 POSICIONAMENTO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A importunação sexual ocorre frequentemente, seja em um ambiente privado ou em instituições ou locais públicos. A prática desse crime, efetivamente enfraquece a proteção das mulheres, que são o principal alvo de quem pratica determinada conduta, fazendo com que elas sejam expostas a situações vexatórias e de vultosa vulnerabilidade.

A importunação sexual está tipificada no art. 215-A do Código Penal, e caracteriza-se pela realização de ato libidinoso na presença de alguém, sem o seu consentimento, e, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro.

Tais práticas são rotineiramente realizadas em meios de transporte coletivo, bem como ações como passar a mão no corpo alheio sem permissão, ou beijos forçados.

Determinadas condutas devem ser discutidas diante da relevância sobre o tema em questão, que antes era considerado apenas uma contravenção penal, punida com multa, e hoje, com a lei sancionada em setembro de 2018, a importunação sexual passou a ser um crime, onde a vítima pode usufruir de uma maior proteção quanto ao seu direito de escolher a forma como pratica os seus atos de cunho sexual.

Contudo, a questão a ser abordada engloba tanto o fato de a legislação vigente ser realmente capaz de suprir os danos causados a vítima, que na maioria das vezes é psicológico, bem como se é capaz de punir efetivamente o suposto infrator, coibindo-o de reiterar na prática de determinada conduta.

Dessa forma, a pesquisa será realizada com uma finalidade básica e pura, com o intuito de produzir novos conhecimentos que são úteis para o avanço da ciência.

Possui um objetivo exploratório, que proporciona uma visão geral acerca do fato, desenvolvendo, esclarecendo e modificando conceitos e ideias para estudos posteriores, envolvendo um procedimento bibliográfico, que recupera o conhecimento científico acumulado sobre o problema, obtendo uma natureza qualitativa, analisando dados e pesquisas científicas.

O objetivo deste trabalho é verificar a efetividade da pena atualmente prevista no artigo 215-A, do Código Penal, comparando-a com a anteriormente aplicada pela Lei de Contravenções Penais, buscando compreender a sua eficácia e a ineficácia àquela época, e, nos dias de hoje, analisando a legislação vigente, além das jurisprudências existentes sobre o caso, e, estudos doutrinários, apresentando narrativas de casos que ocorreram especificamente no Brasil, com o fim de vislumbrar os danos, principalmente psicológicos, causados à vítima.

1 CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

1.1 Do Tipo Penal

O executor da ação tipificada como crime de importunação sexual, violenta de uma forma vexatória e humilhante a dignidade sexual da vítima, que é ultrajada por uma conduta repugnante do agressor.

Nesses casos, a vítima é exposta a uma vultosa situação de vulnerabilidade, de forma que não consegue se defender ou até mesmo reagir por ser importunada de surpresa, tendo em vista que a atitude do agressor é realizada de uma forma inusitada e inesperada, que visa não só satisfazer a sua própria lascívia, como também pode visar satisfazer a lascívia de terceiro.

A conduta do infrator é tal, que mitiga a liberdade sexual da vítima, bem como viola os seus direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Dessa forma, sobre o bem jurídico tutelado, pode-se afirmar que:

A liberdade sexual, entendida como a faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la, constitui um bem jurídico autônomo, independente, distinto da liberdade geral, com idoneidade para receber, autonomamente, a proteção penal. No entanto, reconhecemos a importância de existir um contexto valorativo de regras (não jurídicas) que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais, pois estabelecerá os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de cultura comportamental, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente (BITENCOURT, 2019).

É através desse contexto valorativo de regras, que se estabelece os limites toleráveis do comportamento social sexual das pessoas nas relações interpessoais, respeitando a liberdade do outro e preservando os direitos garantidos pela Constituição Federal, como a privacidade, liberdade e dignidade sexual.

A violação desses determinados direitos pode constituir variados crimes, dentre eles, o analisado por este artigo, que é cometido principalmente sem o consentimento da vítima.

Conforme leciona Gonçalves e Estefam (2020, p. 267) o crime de importunação sexual é comum, de forma que qualquer pessoa pode cometê-lo em desfavor de homem ou mulher, independente de gênero, exceto aquelas vítimas que se enquadrarem no conceito de vulnerável do art. 217-A do Código Penal, pois a prática de qualquer ato libidinoso com elas, configura crime de estupro de vulnerável.

No entanto, é mais comum que esse crime seja praticado contra mulheres, que são exploradas e desmoralizadas pelos infratores, em qualquer circunstância, principalmente, em ambientes públicos, inclusive, por vingança, nos casos de término de relacionamentos afetivo-sexuais.

Além disso, é necessário para sua configuração, que o ato seja cometido com dolo direto e especial, que se configura quando o agente prevê e demonstra vontade eminente de um resultado, praticando sua conduta na busca de efetivá-lo, não bastando para caracterizá-lo, por exemplo, um simples esbarrão no metrô. O resultado buscado aqui, é a satisfação da própria lascívia ou a de terceiro (GONÇALVES; ESTEFAM, 2020, p. 626).

O tipo previsto no art. 215-A, do Código Penal, descreve uma única modalidade de conduta, qual seja, praticar, na presença de alguém, qualquer ato de libidinagem, sem o seu consentimento, para satisfazer a sua lascívia ou a de outrem.

Um dos exemplos clássicos trazidos pelas atuais doutrinas, bem como jurisprudências, é o caso em que o infrator ejacula na presença da vítima, ou sobre o corpo dela, como já ocorreu no interior de transportes coletivos urbanos do país (NUCCI, 2018; GOLÇALVES, 2020). O sujeito passivo se aproveita das circunstâncias do local em que se encontra, bem como da distração da vítima, desrespeitando e ofendendo os direitos a ela garantidos.

A adequação desse tipo penal se baseia no fato de a vítima não consentir com o ato libidinoso praticado, ou seja, caso haja seu consentimento, não há que se falar em crime de importunação sexual, porque nesse caso, nenhum direito será violado.

Segundo Adaid (2016 apud REALE, 2008) o conceito de ato libidinoso no mundo jurídico é de conteúdo aberto, ou seja, a norma jurídica nada assevera sobre sua definição.

Dessa forma, cabe buscar na doutrina o conceito que melhor se adapta. Para Bitencourt (2019) o ato libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, erótico, concupiscente, que objetiva prazer sexual, e que pode ser, inclusive, a conhecida conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso diverso dela, como por exemplo, a ejaculação, que

é praticada na presença da vítima e até mesmo nela, “mas não com ela”, e sem a sua anuência.

Dentre os atos de libidinagem praticados, o supramencionado apesar de ser considerado como ultraje ao pudor, que causa repudia em grande parte da sociedade, não se destaca como um dos mais graves, que se configuram pela prática mediante violência física ou moral, como o sexo anal ou oral, que violam a liberdade e dignidade sexual da vítima. Contudo, essas condutas constituem infrações penais de maior gravidade, que é desproporcional a pena cominada para os casos de importunação sexual.

Praticar na presença de alguém ou contra alguém, sem a sua anuência, ato libidinoso para satisfazer a própria lascívia ou a de outrem, é crime material. Isso porque, se consuma quando reunido todos os elementos de sua definição legal, para tanto, a produção do resultado naturalístico, que é a efetiva prática do ato libidinoso em qualquer de suas modalidades, independente da satisfação do agente ou de terceiro, bastando que ela seja apenas suficiente para que tenha incitado o sujeito na prática da conduta.

Nessa modalidade, também há hipóteses de tentativa, porém de difícil configuração, como nos casos em que o agente tenta passar as mãos nos seios de alguém dentro de um transporte público, no entanto, é impedido por populares.

2 ENFOQUE HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

2.1 Da Importunação Ofensiva Ao Pudor

Contravenção penal, de acordo com o art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941, é uma infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Assim, a única diferença existente entre crime e contravenção penal, é quanto as penas cominadas.

No caso das contravenções, a pena varia entre prisão simples ou multa, e, quanto aos crimes, a pena será de detenção ou reclusão, que pode ser interposta isoladamente, alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa.

O Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941 (Lei de Contravenções Penais), em seu art. 61, previa a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, que proibia a conduta de importunar alguém, em lugar público, ou que fosse acessível ao público, de um modo ofensivo ao pudor, cujo a pena prevista era apenas uma multa que variava entre duzentos mil réis a dois contos de réis.

No entanto, o texto legal não visava proteger a liberdade sexual, mas sim, a situação vexatória da qual a vítima era exposta, priorizando a moral e os bons costumes de antigamente.

A infração penal descrita pelo art. 61 da Lei supracitada, diz respeito a violação da dignidade sexual do ser humano, que se refere à autoestima do indivíduo, em sua íntima e privada vida sexual. Está ligada à sexualidade humana, ou seja, ao conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um (VENTURA, 2016).

Ainda seguindo o raciocínio de Ventura (2016), a sexualidade humana, quando associada à respeitabilidade e autoestima, permite ao indivíduo realizar-se sexualmente, satisfazendo sua lascívia e sensualidade como bem entender sem interferência de ninguém, contanto que não atente contra a dignidade sexual de outrem.

A conduta prevista no artigo, se faz cristalina no que tange ao fato de proibir a importunação em desfavor de alguém, de um modo que seja ofensivo ao pudor.

Pudor, também significa sentimento de vergonha, que pode causar mal-estar à vítima, sendo capaz de ferir sua inocência, decência, honestidade, e demais qualidades do caráter que um indivíduo possui.

Dessa forma, tem-se que a contravenção penal se caracterizava pela conduta que causava incômodo e desconforto à vítima, associada a situação vexatória que conseqüentemente era exposta.

Na importunação ofensiva ao pudor, não há a intenção do agente em satisfazer a própria lascívia, contudo, a vítima deve sentir repulsa diante do ato praticado pelo agente, além da liberdade que possui de não permanecer na situação em que se encontra, caso contrário, a conduta poderia ser caracterizada como estupro ou tentativa de estupro.

Outrossim, é importante ressaltar que uma das elementares necessárias para que haja a consumação dessa contravenção penal, é o fato de que o ato deve ser praticado necessariamente em local público, ou que seja acessível ao público.

Quando se analisa o quesito relacionado a proporcionalidade da pena, aplicada com a tipificação abstrata da conduta, nota-se que a proteção referente à vítima e a punição cabível ao executor da conduta tipificada, é insuficiente e ineficaz de coibi-lo de reincidir na prática do ato.

Com isso, por ser a contravenção penal, uma infração de menor potencial ofensivo, não será lavrado o auto de prisão em flagrante delito, mas sim, um termo circunstanciado de ocorrência. Portanto, tem-se que:

Na hipótese de uma prisão em flagrante envolvendo a importunação ofensiva ao pudor, após a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência e da assinatura do termo de comparecimento, o suposto/a autor/a era liberado, isto é, mesmo sendo a prática dotada de alta reprovabilidade, não havia a cominação de uma pena condizente com a conduta proibida (FREITAS; FEIJÓ, 2019).

No entanto, após várias críticas quanto a ineficácia da pena cominada para esse tipo de infração, o legislador resolveu promover uma alteração legislativa, que modificou a tipificação da conduta de contravenção penal para o crime de importunação sexual.

2.2 Alterações Promovidas Pela Lei 13.718/18

Em 2017, a imprensa nacional noticiou um caso ocorrido em um ônibus no Estado de São Paulo, onde uma mulher, foi pega de surpresa por uma ação de um homem que, após se masturbar, ejaculou nela.

Em seu depoimento, a vítima relatou que:

[...] Lembro que eu estava distraída, quando, de repente, senti um líquido quente escorrendo no meu pescoço. Na hora cheguei a pensar que podia ser cocô de pombo e, no instinto de me limpar, passei a mão. Quando senti a textura do líquido, olhei para o homem e vi que estava com o pênis para fora da calça e continuava se masturbando, com cara de prazer. Em nenhum momento ele se intimidou (SILVA 2019, apud SOUZA, 2018).

A vítima também relata que após os fatos, ao chegar em casa, se desfez de toda a sua roupa e tomou vários banhos, pois se sentia muito mal e queria ter certeza de que não havia mais fluidos do agressor em seu corpo. Não obstante, no dia seguinte, ela alega ter procurado assistência psicológica para poder se recuperar do trauma vivenciado (SILVA, p. 27, 2019).

O acusado pela prática do ato, foi preso em flagrante delito por crime de estupro, do qual a vítima registrou um boletim de ocorrência. No entanto, ele logo foi posto em liberdade pela justificativa de que o fato, na verdade, constituía a

contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor prevista no art. 61, da Lei de Contravenções Penais, que não previa a manutenção da prisão, justamente por ser um crime de menor potencial ofensivo.

A soltura dele, gerou uma enorme repercussão midiática negativa, que ocasionou na revolta da sociedade diante o fato. Com isso, soube-se que o rapaz já teria sido preso por duas vezes, após ejacular e encostar o pênis em outras mulheres dentro de ônibus na região da Avenida Paulista, no Estado de São Paulo.

A vítima, ao receber a notícia da soltura do indiciado, aparentou maior abalo, conforme demonstra seu novo depoimento:

Quando soube que a Justiça soltou o agressor, me senti um lixo e fiquei mais abalada ainda. Como podem dizer que fazem campanha de apoio às vítimas se nem sequer ouvem a vítima? Ninguém me procurou para ouvir minha versão, e o homem foi colocado em liberdade. Isso só aumenta a minha descrença na Justiça, não existe Justiça para pobres. Desde então, não consigo sair de casa sem achar que estou sendo perseguida. Precisei andar de ônibus de novo e, assim que entrei no coletivo, eu vi que tinha um homem lá no fundo. Na hora, me veio toda a lembrança na cabeça, como se fosse o mesmo homem que ejaculou em mim. E ainda calhou de ele descer no mesmo ponto que eu descii. Já achei que ele estava me seguindo. Isso abalou muito o meu psicológico (SILVA 2019, apud SOUZA, 2018).

Em depoimento, na delegacia, o acusado pela prática reiterada de atos libidinosos como os já descritos acima, contou que após sofrer um acidente de carro em 2006, se sentiu diferente e passou a ter problemas, onde, por volta de 2010, começou a praticar esse tipo de delito. Além disso, ainda alegou que sente uma vontade diferente, compulsiva, da qual não consegue controlar, escolhendo a vítima que estiver mais perto, para vir a praticar o ato. (G1, 2017).

O caso, ocasionou em um debate jurídico acerca de alguns atos libidinosos praticados sem violência ou grave ameaça. O entendimento que prevalecia diante dos magistrados, é de que o fato melhor se enquadraria na contravenção penal descrita no art. 61 da Lei de Contravenções Penais, não podendo caracterizar estupro (art. 213 do Código Penal), pois não houve constrangimento e, tampouco violência ou grave ameaça.

Contudo, por ser punido com pena de multa, a indignação da população contestando a insuficiência punitiva da lei, bem como de que a fundamentação da

autoridade judiciária não foi suficientemente satisfatória, acabou por movimentar o poder Legislativo, que trabalhou pela mudança da norma penal com a introdução da Lei 13.718, sancionada em 24 de setembro de 2018.

Dessa forma, se entende que:

Com a entrada em vigor da Lei na data de sua publicação, 25.09.2018, a redação do vetusto art. 61 da Lei das Contravenções Penais, que previa a importunação ofensiva ao pudor, foi revogada, deixando clara a intenção do legislador de extinguir qualquer resquício da antiga infração, evitando que seja invocada no futuro pelos operadores do Direito concomitantemente ao novo tipo (ARAÚJO, 2018).

O art. 215-A, do Código Penal, que constitui majoração da penalidade, punindo a conduta lá descrita com uma pena de um a cinco anos, não retroagirá para prejudicar os praticantes de fatos cometidos antes da mudança, justamente por ser mais gravosa. Priorizando o princípio de que nenhuma lei retroage para prejudicar o réu (*novatio legis in pejus*).

Resta saber se a punição dos sujeitos que praticam esse determinado crime, é capaz de coibi-los de reiterar na prática do ato, bem como de reduzir os danos psicológicos causados à vítima, além do constrangimento, da sensação de impotência e de impunidade.

3 NARRATIVAS DE CASOS DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL, APÓS O ADVENTO DA LEI 13.718/18

Após um ano da vigência da Lei 13.718/18, somente no Estado de São Paulo, foram registrados 3.090 casos de importunação sexual. Ocorrendo 31% em vias públicas, 26% em residência e 12% no transporte público. Os dados são da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo e foram obtidos pela Folha de São Paulo por meio da Lei de Acesso à Informação (LIVRE, 2019).

Segundo artigo publicado no G1 (2020), apenas no Estado de São Paulo, houve em média um registro de delito dessa natureza a cada 26 minutos, conforme dados da Secretaria da Segurança Pública.

Todavia, ressalta-se que o número de registros de casos como esse, não retrata a realidade, tendo em vista que muitas vítimas acabam não denunciando o crime, ou até mesmo, não possuem conhecimento acerca da nova legislação.

Um caso de importunação sexual recente, que ocorreu no Paraná, teve grande repercussão no Estado pelo fato da Polícia Civil prender preventivamente um homem de 40 anos pela prática do delito, em Londrina (PCPR, 2020).

Além disso, o mesmo homem também possuía outras passagens pela polícia por ter praticado o crime de importunação:

O suspeito praticou o crime contra, pelo menos, quatro vítimas em agosto deste ano. O primeiro ocorreu no dia 28 de agosto, no bairro Josualdo Garcia. A vítima, de 47 anos, estava no pátio de casa recolhendo o lixo, quando o homem se aproximou do portão com a calça aberta, entrou na residência e agarrou a vítima. Ele fugiu após a mulher gritar. O segundo crime ocorreu no mesmo dia, no bairro João Paz. A vítima, de 23 anos, foi importunada em um colégio, quando o homem abriu as calças e tentou agarrá-la. No dia 24 de agosto, uma mulher, de 40 anos, foi importunada em um ponto de ônibus. Ela estava aguardando o ônibus quando viu o suspeito se masturbando próximo à ela. O quarto fato ocorreu no dia 11 de agosto em um ponto de ônibus e em circunstância semelhante, outra jovem, de 20 anos, foi importunada pelo suspeito (PCPR, 2020).

Por outro lado, não se pode negar que o fato do agente ejacular na vítima, não se limita especificamente a ejaculação, de forma que a satisfação se prolonga para além do momento, produzindo uma sensação de bem-estar do suspeito após liberar os hormônios responsáveis pela sensação de prazer, inclusive, em situações patológicas, violando a liberdade sexual da vítima.

Uma publicitária vítima do crime de importunação sexual, aduz três casos que marcaram sua existência e fizeram com que se tornasse uma pessoa mais combativa:

A primeira das situações aconteceu no ônibus que ela pegava todos os dias para voltar do trabalho: “Esse dia não estava tão cheio a ponto da pessoa precisar fazer aquilo, mas ele fazia movimentos com a pélvis para a frente, aproveitando que eu estava no corredor pra se roçar no meu ombro e olhar com caras maliciosas”, lembra a vítima. O desconforto e as tentativas de se esquivar da situação fizeram com o que um desconhecido, sentado ao seu lado, oferecesse para trocar de lugar com ela. “Aí, parou. Eu me senti pequena, impotente,

envergonhada por estar passando por aquilo.". Em outro caso, a vergonha de passar por uma importunação deu lugar ao medo. "O cara passou muito perto, eu senti o bafo dele no meu pescoço. Então ele falou 'nossa, que pernas', com ênfase, assim, como se ele fosse fazer alguma coisa e parou de caminhar, virando na minha direção." O instinto da publicitária foi sair correndo até o homem ficar para trás. Desde então, mais uma mudança: "eu não uso mais saia nem short. No verão daquele ano, eu lembro de passar muito calor, de todo mundo questionar porque eu só usava calça, mas eu relutei muito até contar essa história para alguém" (GOTTSCHALK, 2018).

As vítimas alegam primeiramente, sentir culpa pela ocorrido, além de questionamentos referente a atitudes dos importunadores, concluindo por criar seus próprios mecanismos de defesa diante de situações como essas. A publicitária alega ainda, que é muito fácil as vítimas se perguntarem sobre o porquê de isso ter acontecido com elas, ou, simplesmente naturalizar a situação. No fim, a única coisa que está no controle dessa mulher, depois da denúncia, é o psicológico dela e a forma como ela vai entender e agir depois de tudo isso (GOTTSCHALK, 2018).

A melhor forma de punir e denunciar casos como esse, é ligar para a polícia militar através do número 190.

Nos casos de flagrante, é preciso que se mantenha o agressor no local dos fatos, para que a polícia possa efetuar a apreensão em flagrante e coletar os dados oficiais.

Caso o flagrante não seja possível, se faz necessário a coleta do máximo de provas plausíveis, como nome, endereço e telefone de testemunhas, bem como imagens de câmeras e fotos que puderem comprovar a prática do delito.

É importante e necessário o registro de tais ocorrências, porque elas possibilitam a polícia e o Estado, a adotarem medidas de prevenção que possam evitar a prática recorrente desse tipo de crime, através de campanhas de conscientização e patrulhamento em áreas específicas.

A pena prevista no art. 215-A do Código Penal, pode ser capaz de coibir o indiciado a reiterar na prática do ato, no entanto, o mesmo não vale para os danos psicológicos causados à vítima, que podem perdurar pelo resto da vida. Quanto a isso, o mais indicado pelas próprias vítimas que já passaram pela situação, como exposto acima, é a procura de assistência através de um profissional responsável por estudar e analisar questões internas do indivíduo, como o psicólogo, que pode

identificar e ajudar a superar traumas, medos e receios que acarretam em uma vida frustrada.

O importunador também pode ser responsabilizado na seara civil, através de danos morais e materiais causados pela importunação. Gottschalk (2018) afirma que: “talvez a partir de uma condenação monetária, o indiciado repense suas atitudes, não porque preza o respeito pela mulher, mas porque preza o seu bolso”, infelizmente.

4 POSICIONAMENTO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO

Por ser o crime de importunação sexual, um tipo penal polêmico que interfere diretamente na liberdade sexual da vítima, há muitas divergências e entendimentos jurisprudenciais acerca da aplicação desse crime.

A decisão proferida a seguir, tem sido adotada por diversas jurisprudências, isso porque, na maioria das vezes ocorre a desclassificação do crime de importunação sexual, para o crime de estupro ou estupro de vulnerável (art. 213 e 217-A do CP, respectivamente), como é o caso:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. (ART. 215-A DO CP). IMPOSSIBILIDADE. AGRAVDO IMPROVIDO. 1. Tratando-se de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima, o que afasta o crime de importunação sexual. 2. Agravo regimental improvido (BRASIL, 2019).

Colhe-se da jurisprudência apresentada que, por se tratar de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, independe o crime de consentimento da vítima, bem como violência ou grave ameaça, presumindo-se a vulnerabilidade, que afasta o crime de importunação sexual. Dessa forma, não somente é levado em consideração a proporcionalidade entre a conduta e a pena, mas também, a vulnerabilidade da vítima.

Destarte, segue mais uma jurisprudência com o mesmo ponto de vista:

HABEAS CORPUS – INSTÂNCIA – SUPRESSÃO. Revelando o habeas corpus parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias.

ESTURPO DE VULNERÁVEL – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPORTUNAÇÃO SEXUAL – INADEQUAÇÃO. O tipo penal previsto no artigo 215-A do Código Penal, além de constituir crime subsidiário, insuscetível de afastar a configuração de delito mais grave, não alcança atos libidinosos cometidos contra vulneráveis, os quais não dispõem de capacidade para consentir a prática de condutas sexuais (BRASIL, 2020).

Outrossim, O STF tem admitido a prisão preventiva nos casos em que o investigado é reincidente na prática do crime de importunação sexual:

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PRISÃO PREVENTIVA – IMPORTUNAÇÃO SEXUAL – CONTUMÁCIA – REINCIDÊNCIA – PERICULOSIDADE. Decorrendo a prisão preventiva de prática reiterada de importunação sexual, ante reconhecimento por vítimas, e de reincidência, tem-se sinalizada periculosidade e viável a custódia provisória. PRISÃO PREVENTIVA – RENOVAÇÃO – PRAZO – EXCESSO – AUSÊNCIA. Apresentada motivação suficiente à manutenção da prisão, observando o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, fica afastado constrangimento ilegal. PRISÃO PREVENTIVA – AFASTAMENTO – COVID-19 0 INSUFICIÊNCIA. A crise sanitária decorrente do novo coronavírus é insuficiente a afastar a prisão preventiva ou autorizar o recolhimento domiciliar (BRASIL, 2020).

A decisão destacou o risco de reiteração do crime, visto que se faz indispensável a medida para garantir a ordem pública, bem como proporcionar as vítimas do delito, uma maior segurança.

Contudo, por não haver entendimentos jurisprudenciais pacíficos acerca do tema, é necessário analisar o caso concreto, inclusive aqueles em que os magistrados determinam a prisão preventiva do acusado, ocasionando consequências para a vivência dele e da vítima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a pesquisa realizada, conclui-se que a importunação sexual prevista no art. 215-A do Código Penal, antes tida como importunação ofensiva ao pudor pela Lei de Contravenções Penais, passou por uma alteração legislativa que

modificou em partes, a conduta descrita no artigo, bem como a pena cominada pela prática do delito.

Por ser um crime que ocorre principalmente em locais públicos e de livre acesso à população, a sua incidência tem aumentado cada vez mais, causando prejuízos psicológicos às vítimas, que descrevem veementemente cada sensação e sentimento que deriva do delito.

Apesar da relevância do tema abordado, ele ainda é pouco discutido pela sociedade, o que gera um maior índice de pessoas que não possuem conhecimento sobre o crime, tão pouco, seus direitos.

O artigo analisou através de pesquisas, qual a conduta mais eficaz a ser tomada diante da prática do delito, além dos tipos de informações que podem ser disponibilizadas à população, para que se inteirem cada vez mais acerca do tema abordado.

Com isso, se espera que através dos meios disponíveis para denúncia, qualquer vítima que se deparar com o crime descrito no artigo, possa comunicar as autoridades policiais, para que se consiga adotar as medidas cabíveis ao caso, especialmente, aplicando uma forma de punição ao executor que praticou a conduta tipificada.

Além disso, também se faz necessário a aplicação de medidas de prevenção, que possam evitar a prática recorrente desse tipo de crime, através da realização de campanhas de conscientização e patrulhamento em áreas específicas, com o intuito de proporcionar a sociedade conhecimento sobre o tema e como agir em cada situação, bem como protegê-las de eventual prática do crime.

No entanto, a pena aplicada ao executor da conduta não diminui os danos psicológicos causados à vítima. Para tanto, extrai-se do presente artigo e de relatos trazidos pelas próprias vítimas, que é necessário assistência psicológica capaz de fazer com que seja superado os traumas, medos e receios que podem acarretar uma vida frustrada.

No mais, qualquer dano econômico que eventualmente for causado, deveria ser arcado pelo próprio executor da conduta, como forma de reparar o prejuízo que ele mesmo causou.

Por isso, quanto mais pessoas informadas sobre a forma como o crime analisado ocorre, bem como a pena aplicada a ele, menor será a incidência do delito, pelo qual o denunciado será punido da forma correta e prevista em lei.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAID, Felipe. Ato libidinoso com menores. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/53333/ato-libidinoso-com-menores>>. Acesso em: 06 out. 2020.

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. Importunação sexual deixou de ser contravenção e virou crime. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69232/importunacao-sexual-deixou-de-ser-contravencao-e-virou-crime#:~:text=O%20art.,a%20dois%20contos%20de%20r%C3%A9is%E2%80%9D.>>> Acesso em: 15 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte especial 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.830.026 - RJ. Relator: Min. NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 26 nov. 2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03 dez. 2019, ement. v.0229370-8. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860006275/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1830026-rj-2019-0229370-8/inteiro-teor-860006285?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 182075 - RO. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 08 jun. 2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-155 22 jun. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868191720/habeas-corpus-hc-182075-ro-rondonia-0087347-8420201000000/inteiro-teor-868191743>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 183498 – PR. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18 ago. 2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 02 set. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1100309180/habeas-corpus-hc-183498-pr-0089422-9620201000000/inteiro-teor-1100309200?ref=feed>. Acesso em: 27 out. 2020.

CABETTE, Eduardo L. S. Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/18. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj591499.pdf/consult/cj591499.pdf#page=6>>. Acesso em: 13 out. 2020.

GONÇALVES, Victor E. R.; ESTEFAM, André. **Direito Penal:** Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

FREITAS, Frederico O.; FEIJÓ, Vladimir P. C. **Compilação de estudos do Direito contemporâneo**. 1. ed. Porto Alegre: PLUS/Simplíssimo, 2019.

GOTTSCHALK, Marcie. Importunação sexual: É horrível pensar que precisamos de uma lei que diga que temos direito de ir e vir em 2018. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/humanista/2018/11/13/importunacaosexual/>>. Acesso em: 05 out. 2020.

NOTÍCIA: **Consultor Jurídico**. São Paulo: O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>>. Acesso em: 14 out. 2020.

NOTÍCIA: **G1**. São Paulo: Crimes sexuais crescem 13% e batem recorde em São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/05/crimes-sexuais-crescem-13percent-e-batem-recorde-em-sao-paulo.ghtml>>. Acesso em: 05 out. 2020.

NOTÍCIA: **Catraca Livre**. São Paulo: SP registra 3.090 casos em 1 ano da lei de importunação sexual, 2019. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/sp-registra-3-090-casos-em-1-ano-da-lei-de-importunacao-sexual/>>. Acesso em: 06 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Especial** – v. 3. 4. ed. São Paulo: Forense, 2019.

POLÍCIA CIVIL DO PARANÁ. Paraná: PCPR prende suspeito por importunação sexual em Londrina, 2020. Disponível em: <<https://www.policiacivil.pr.gov.br/Noticia/PCPR-prende-suspeito-por-importunacao-sexual-em-Londrina#>>. Acesso em: 05 out. 2020.

SILVA, Jadna Selau da. O crime de importunação sexual sob o enfoque do princípio da proporcionalidade: uma abordagem jurisprudencial. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7561/1/JADNA%20SELAU%20DA%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2020.

VENTURA, Denis Caramigo. Importunação ofensiva ao pudor: uma contravenção penal sexual. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45772>>. Acesso em: 14 out. 2020.

O ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A REPARAÇÃO DO DANO COM O ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA

JULIANA FARIA DA SILVA: graduanda no curso de Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

JANAINA GUIMARAES MANSILIA

(orientadora)

RESUMO: Neste artigo será estudado os aspectos relevantes do assédio sexual no local de trabalho, que se trata de todo comportamento indesejado e repugnante de um superior hierárquico sobre seu subordinado, visto que é um tema recorrente em nosso cotidiano. O objetivo do trabalho é expor de maneira clara os modos de atuação do assediador, e os danos sofridos pelo assediado, bem como as consequências que esses danos acarretam na vida pessoal, social e profissional da vítima, sendo que em muitos casos seus efeitos são irreversíveis, perdurando por toda vida. É de extrema importância observar o tipo de responsabilidade que recai sobre o autor do assédio e sobre a empresa, que responde de forma solidária, uma vez que, tem o dever de garantir um ambiente de trabalho seguro e agradável aos seus funcionários. Será abordado também os impactos da reforma trabalhista para a fixação da reparação extrapatrimonial, utilizando como metodologia a análise de doutrinas, legislações e artigos científicos.

Palavras chave: Assédio sexual; Superior Hierárquico; Relação de Trabalho; Reparação extrapatrimonial; Reforma trabalhista.

ABSTRACT: In this article we will study the relevant aspects of sexual harassment in the workplace, which is all unwanted and disgusting behavior of a superior about his subordinate, since it is a recurring theme in our daily lives. The objective of the work is to clearly expose the harassment's ways of acting, and the damages suffered by the harassed, as well as the consequences that these damages have on the victim's personal, social and professional life, and in many cases their effects are irreversible, enduring for a lifetime. It is extremely important to observe the type of responsibility that falls on the author of the harassment and on the company, which responds in solidarity, since it has a duty to ensure a safe and pleasant working environment for its employees. The impacts of labor reform for fixing off-balance sheet repairs will also be addressed, using the analysis of doctrines, legislation and scientific articles as methodology.

Keywords: Sexual harassment; Hierarchical superior; Work relationship; Off-balance sheet repair; Labor reform.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVE HISTÓRICO. 3 CONCEITO DE ASSÉDIO. 3.1 ASSÉDIO MORAL. 3.2 ASSÉDIO SEXUAL. 3.3 CONSEQUENCIAS DO ASSÉDIO SEXUAL PARA VITÍMA. 3.4 CONSEQUENCIAS DO ASSÉDIO SEXUAL NA VIDA PROFISSIONAL. 4 DA RESPONSABILIDADE. 5 DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. 6 A REPARAÇÃO DO DANO NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS. 7 CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo será abordado os aspectos relevantes sobre o assédio sexual no trabalho, que trata se de todo comportamento indesejado e repugnante de um superior hierárquico ou de um empregado que detém o mesmo cargo e função, qual passa a ter condutas e atitudes de caráter sexual sobre uma pessoa especifica, colocando essa em uma situação desagradável, desconfortável e constrangedora.

Embora seja um assunto com bastante repercussão em artigos e doutrinas, é essencial discuti-lo novamente, pois, esse cenário infelizmente é recorrente em nosso cotidiano, isso porque nossa sociedade impõe uma falsa superioridade dos homens, visto que esses por muitos anos concentraram os poderes em suas mãos, inclusive sobre as mulheres, quais foram objetificadas.

O objetivo do trabalho é expor de maneira simplificada, baseada em doutrinas e artigos, as formas de atuação de um assediador sobre seu inferior ou superior hierárquico, mostrando como suas condutas se caracterizam nas relações de trabalho e os danos que são suportados pela vítima, que muitas vezes por se sentir constrangida e violada acaba desenvolvendo traumas e problemas psicológicos, necessitando de uma reparação indenizatória.

A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica das principais doutrinas, legislações e artigos científicos relacionados a temática.

No primeiro capítulo será exposto uma visão do contexto histórico, narrando como se deu a introdução das mulheres no mercado de trabalho e como foram recepcionadas por este, bem como um conceito sobre assédio e suas principais formas.

No segundo capítulo será exibido os danos que o assédio pode causar na vítima, e os meios de responsabilização, observando se é uma responsabilização objetiva ou subjetiva.

No terceiro e último capítulo será apresentado o posicionamento adotado pelas Consolidações das Leis Trabalhistas com o advento da reforma, e quais os critérios utilizados para a quantificação da reparação do dano extrapatrimonial.

Sendo assim, o presente tema é de grande importância para o contexto atual trabalhista.

2 BREVE HISTÓRICO

O assédio sexual e moral existe desde o período colonial, e até então nada se falava sobre o assunto, uma vez que nesse período os homens possuíam todo o poder e controle, inclusive sobre as mulheres, cujas eram vistas como seres inferiores, destinadas tão somente a satisfação do prazer e aos ofícios do lar.

Com o advento da I e II Guerra Mundial, houve a necessidade de introduzir as mulheres no mercado de trabalho, e com isso, a mulher passou a enfrentar muitos obstáculos nas relações laborais, tais como, a desigualdade de salário, desigualdade de função e o assédio moral e sexual de seus empregadores.

Aos poucos as mulheres foram conquistando seus direitos, cujos começaram a equipar-se aos dos homens. Entretanto, apesar dessa evolução no cenário social, o homem não perdeu seu ar de superioridade, tendo resquícios patriarcais, onde, por diversas vezes e principalmente no âmbito profissional aproveitavam de suas funções para assediar as mulheres.

Essa situação perdurou por anos, até que, em 1970 nos Estados Unidos da América, um grupo de feministas da Universidade Cornell, levantaram o tema e buscaram uma definição para as condutas de um superior hierárquico sobre seu funcionário, associados a interesses sexuais, descrevendo-a como assédio sexual.

Após inúmeros movimentos feministas, e vendo à proporção que isso tinha tomado, o legislador em 2001, tipificou o assédio sexual como crime, no artigo 216-A do Código Penal, com pena de detenção, punição e pagamento de indenização à assediada. Sendo este o primeiro amparo para tal conduta.

Vendo a frequência desse ato nas relações laborais, e observando a omissão sobre o tema no código trabalhista, recentemente a Consolidação das Leis Trabalhistas incorporou o assédio sexual em seu texto, com a finalidade de punir o assediador, visando a reparação do dano sofrido pela vítima com o pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais.

3 CONCEITO DE ASSÉDIO

Antes de adentrar no assunto propriamente dito, é importante conceituar o significado do vocábulo assédio, cujo vem do *latim*, *absedius* (assento) e *obsidium* (cerco, cilada), que se transformou no *latim* vulgar *adsedium*, que deu origem ao termo italiano assedio.

Este é definido como toda conduta indesejada que resulte em uma perseguição **insistente e inconveniente, que tem como alvo uma pessoa específica**, afetando a sua paz, dignidade e liberdade, com o objetivo de constranger a mesma, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. (HIRIGOYEN, 2010).

Embora o assédio possa ocorrer em vários ambientes, como, escolas, universidades, bares, ruas, entre outros, é mais comum encontrarmos tais comportamentos no meio laboral, entre colegas de mesmo nível hierárquico, ou mesmo partir de superior para subordinado, ou de subordinado para um superior.

Há diversas formas de assédio presente em nosso bojo social, porém, os mais conhecidos e que se sucede com maior frequência são, o assédio moral e o assédio sexual.

3.1 Assédio Moral

O assédio moral no trabalho é descrito como o ato de humilhar, constranger o empregado expondo-o em situações vexatórias, com o intuito de degenerar as condições de trabalho, prevalecendo atitudes e condutas negativas por parte dos chefes em relação a seus subordinados, de forma que o assediado se sinta hostilizado, inferiorizado e ridicularizado diante de seus colegas, ocasionando prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador.

Lima Filho, 2009, p. 37, relata que o assédio moral:

É constituído por condutas abusivas de superiores hierárquicos sobre subordinados, ou destes sobre aqueles (assédio vertical, descendente ou ascendente) ou de colegas (assédio horizontal), que cria um ambiente de degradação no entorno laboral, tornando extremamente penoso e, às vezes, insuportável ao trabalhador a continuidade da relação de trabalho ou emprego.

Apesar do assédio moral poder ter como sujeito ativo colegas de trabalho, é mais comum que o assediador seja aquele que detém de uma hierarquia maior.

Expõe Lima Filho, 2009, p. 41:

O assediante utiliza sua posição dominante no organograma da empresa para quebrar a resistência da pessoa assediada, que a cada dia passa a se sentir mais isolada e incapaz e, portanto, impedida de apresentar respostas às condutas agressivas de que é vítima, porquanto, um dos objetivos que se persegue com os atos intimidatórios do trabalhador é o de fazê-lo sentir que se encontra sem apoio e respaldo por parte dos outros colegas de trabalho, eis que com tal procedimento se estende o temor sobre os demais trabalhadores que terminam se desvinculando daquele que está sendo vítima de assédio por receio de virem a sofrer o mesmo tratamento, e com isso, o isolamento da vítima é mera consequência.

O assédio moral é tão grave que na maioria das vezes causa danos irreversíveis para o assediado. Nesse mesmo sentido vale estudar o assédio sexual.

3.2 Assédio Sexual

Esse tipo de assédio se caracteriza pela conduta de teor sexual de um indivíduo sobre outro, seja por manifestações explícitas ou implícitas, favores ou contatos físicos de caráter sensual, não aceitos e não requeridos pela parte, de forma que a mesma se sinta desconfortável, ofendida, desrespeitada e constrangida.

É mais comum que tenha como sujeito ativo o homem, porém, pode ocorrer também por mulheres, e normalmente acontece nas relações laborais, onde o assediador se aproveita do cargo que ocupa ou da vulnerabilidade/necessidade da vítima para atingir seus interesses pessoais.

Nas palavras de Lippmann Ernesto, 2004, p. 22, o que configura o assédio sexual no trabalho é:

O pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico, ou sócio da empresa, com promessas de tratamento diferenciado em caso de aceitação e/ou de ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, como a perda do emprego, ou de benefícios. É necessário que haja uma ameaça concreta de demissão do emprego, ou da perda de promoções, ou de outros prejuízos, como a transferência indevida, e/ou pela insistência e inoportunidade. É a "cantada" desfigurada pelo abuso de poder, que ofende a honra e a dignidade do assediado.

Tal assédio pode ser praticado de inúmeras maneiras, desde as mais leves para as mais severas e repugnantes, acompanhadas de uma abordagem sutil ou capciosa. Nota-se algumas condutas descritas por Oliveira Lamartino, 2007, p. 107:

Ofensas verbais (gostosa, piranha, delícia etc); piadas de cunho sexual; olhadas lascivas e maliciosas ou fixas e ameaçadoras; comentários obscenos, chulos sobre seios, nádegas e órgãos genitais; fotos, protetores de tela e pôsteres em que a nudez/pornografia estejam presentes; e-mails, bilhetes e outros escritos de cunho sexual; passar a mão nas partes íntimas; comparações maliciosas entre a vítima e outras pessoas; tocar ou roçar o corpo do assediado de forma forçada, não quista e intencional; os agarrões, beliscões e, ainda, os assovios comuns nesta prática; atirar objetos ao solo para pedir que as mulheres se saia os recolham, insinuações de como vestir para destacar os seios e/ou pernas.

O assédio sexual é a forma mais violenta de agressão contra o empregado, pois as consequências na maioria das vezes são irreversíveis para a vida da vítima.

3.3 Consequências do Assédio Sexual para Vítima

O assédio sexual pode ocasionar diversos problemas na qualidade de vida pessoal da vítima, ou agravar os já existentes, tais como pressão alta, síndrome do pânico, medo, insegurança, crises de choro frequentes, insônia, depressão, entre outros, sendo que na maioria dos casos seus efeitos são irreversíveis, perdurando por toda a vida, podendo levar a vítima ao suicídio.

Esses problemas podem aparecer de forma acumulada ou isolada, sendo leve ou grave, fazendo com que a vítima se isole, adotando um comportamento assustado, passando a evitar lugares e a presença do assediador ou até mesmo de pessoas do mesmo gênero deste.

A pessoa assediada ao adquirir os sintomas supra citados perde sua qualidade de vida, sua saúde mental e emocional, pois vive assombrada pelas lembranças e pelo medo de viver tal situação novamente, afetando seus relacionamentos, sociais, familiares e amigáveis.

A vítima de assédio normalmente encontra dificuldades para relatar o ocorrido aos seus empregadores, amigos de trabalho ou familiares, por sentir medo de que não acreditem, medo do assediador, medo de perder o emprego, por se sentir constrangida e exposta tendo que relembrar novamente a situação vivida, entre outros motivos.

3.4 Consequências do Assédio na Vida Profissional.

A vítima que sofre assédio sexual passa a laborar sob pressão, apresentando tiques nervosos e tremores, refletindo diretamente em suas atividades, prejudicando seu desempenho e diminuindo sua produtividade.

Esse mal desempenho acaba afetando a carreira da vítima de tal forma que essa passe a encontrar dificuldades para futuras promoções e gratificações, por conta de sua baixa qualidade na execução de suas atividades, uma vez que o empregado assediado perde sua paz e tranquilidade, que são essenciais para a qualidade e efetivação de suas atribuições.

A empresa deve estar na prevenção do assédio sexual e moral, fiscalizando seus funcionários e garantindo um ambiente agradável, seguro e saudável ao trabalhador, proporcionando saúde e qualidade de vida. (Ernesto Lippmann, 2001).

Ocorrendo o assédio sexual, o assediador deverá ser penalizado, podendo ser despedido por justa causa, conforme artigo 482 da CLT:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

[...]

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

Observa-se que o assédio sexual acarreta grandes prejuízos no âmbito profissional, atingindo não somente a vítima mas a empresa como um todo, pois, o funcionário assediado passa a trabalhar desmotivado, sem ambição, abaixando o seu rendimento e conseqüentemente o da empresa, gerando conseqüências financeiras para ambos.

4 DA RESPONSABILIDADE

Em nosso ordenamento jurídico há dois tipos de responsabilidade, a responsabilidade objetiva (que se caracteriza pela conduta, dano e o nexo causal, inexistindo a necessidade de comprovar a culpa do causador do dano) e a responsabilidade subjetiva (onde é necessário comprovar a conduta, o dano, o nexo causal e culpa do agente).

No caso do assédio sexual o TST entendeu que a responsabilidade é objetiva, pois é muito difícil comprovar a conduta do assediador, uma vez que esse age de maneira clandestina, pessoalmente e em ambientes reservados longe dos demais funcionários, impossibilitando a obtenção de testemunhas e de provas documentais como prints ou áudios telefônicos.

Embora o ônus da prova seja um direito do autor da demanda, a lei autoriza a flexibilização das provas, já que o réu (assediador) não apresentara evidências que o acuse do assédio, podendo então o juiz analisar e julgar o caso apenas com os depoimentos da vítima, juntamente com indícios e presunções, não havendo a necessidade de prova direta do ato ilícito para comprovar o assédio.

4.1 Da Responsabilidade do Empregador

As normas jurídicas e as jurisprudências entendem que a responsabilidade incide sobre a empresa/empregador quando a conduta for praticada pelos seus empregados, devendo responder de forma solidária com aquele que cometeu o fato, conforme artigo 932 do Novo Código Civil, que é aplicado de forma subsidiária na justiça do trabalho:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Isso porque o empregador tem o dever de proporcionar ao seu empregado um local de trabalho seguro e agradável, garantindo os meios necessários para que este possa executar suas obrigações organizacionais de forma digna e humana, preservando sua saúde física, mental e emocional.

A empresa deve estar atenta ao que acontece em suas dependências, observando os modos operandi de seus colaboradores, e a qualquer sinal de baixo desempenho, faltas frequentes ou comportamentos nervosos, verificar o que

desencadeou tais efeitos e se isso tem relação com os demais empregados da mesma.

No mesmo sentido a jurisprudência afirma:

ASSÉDIO SEXUAL NO LOCAL DE TRABALHO DANO MORAL". RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. "O empregador tem o dever de assegurar ao empregado, no ambiente de trabalho, a tranquilidade indispensável às suas atividades, prevenindo qualquer possibilidade de importunações ou agressões, principalmente as decorrentes da libido, pelo trauma resultante às vítimas. (TRT 12ª Região, 2ªT. RO 2.125/2000, Rel. José Luiz Moreira Cacciari, 26/03/2001). Repetidas ofensas e investidas de cunho libidinoso configuram o assédio de natureza sexual, ainda que o fim não seja propriamente o de satisfazer a lascívia do ofensor, mas de expor sexualmente a vítima ou ridicularizá-la perante terceiros em função de sua condição sexual. Nesses casos, há responsabilidade do empregador pelas violações dos direitos da personalidade dos empregados ocorridas no âmbito do serviço, na medida em que é dever deste velar por um ambiente de trabalho digno e sadio, sobretudo se as ofensas partiram de empregado com ascensão hierárquica sobre o reclamante e foram propaladas a partir de computador utilizado como ferramenta de trabalho. Indenização por danos morais devidas. (TRT-2 - RO: 11046920125020 SP 00011046920125020052 A28, Relator: ORLANDO APUENE BERTÃO, Data de Julgamento: 29/08/2013, 12ª TURMA, Data de Publicação: 06/09/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ASSÉDIO SEXUAL PRATICADO POR COLEGA DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. O assédio sexual consiste no ato de constranger alguém objetivando a prática sexual, ato este que se revela nas formas verbal e não verbal. Inclui contatos físicos de cunho libidinoso, utilizando-se o assediador de intimidação ou ameaça, dentro do ambiente de trabalho ou fora dele, sempre a advir da relação profissional. Tratase, assim, de uma grave e execrável violência à dignidade e à liberdade do ser humano no seio laboral. É certo que o ônus da prova incumbe à parte que alega (art. 818, CLT), sendo da vítima do assédio o encargo de provar sua ocorrência, não podendo ser presumida. No entanto, a

prova deve ser flexibilizada nesse aspecto, porquanto consciente o assediador da natureza abominável de seus atos, realiza-os de forma furtiva, longe do alcance de câmeras de vigilância e de olhares de terceiros, mostrando-se o ilícito de difícil comprovação em juízo. Desta feita, a jurisprudência é pacífica em dispensar prova robusta do assédio sexual, entendendo-se comprovado apenas com a mera prova indiciária. Em se tratando de uma espécie de prática contra a liberdade sexual, normalmente o assédio não tem testemunha ocular, devendo neste tipo de conduta ser valorado o depoimento da vítima, juntamente com indícios e presunções. Assim, é possível que a vítima não faça prova direta do assédio, mas prove que o assediador teve um comportamento de desrespeito à dignidade dos seus colegas de trabalho, tendo o costume de assediá-los. O fato de não ser o assediador superior hierárquico afasta o tipo penal, mas não descaracteriza o ilícito sob o enfoque trabalhista, haja vista a incidência do art. 932, III, do CC. No caso dos autos, a Corte local manteve a condenação em dano moral, concluindo que a ausência de negativa das tentativas de assédio, além da demissão do empregado após a ciência do fato, conduzem à convicção da ocorrência do assédio sexual. Intangível essa moldura fática (TST, Súmula nº 126), não se viabiliza a revista por violação aos arts. 7º, XXVIII, da CF, e 186, 927, ou 932, III, do CC. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 10128-55.2012.5.04.0541, Relator Ministro: Arnaldo Boson Paes, Data de Julgamento: 15/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014).

Observa-se que, independentemente de quem seja o autor do ato lesivo, a empresa sempre será solidária na responsabilidade, pois, cabe a essa garantir um ambiente seguro e tranquilo aos seus empregados.

5 A REPARAÇÃO DO DANO NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Com o advento da reforma trabalhista o artigo 223 foi alterado e acrescentado o artigo 223-G, que traz as circunstâncias analisadas pelo juiz para apreciação do pedido e do dano sofrido pela vítima, levando em consideração os fatores que contribuíram para o ato, tais como, intensidade do fato, condições em que ocorreu, extensão das consequências, entre outras narradas nos incisos do referido artigo.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

Com base nessas circunstâncias o juiz responsabilizará o assediador por suas condutas, e classificará as ofensas em leve, média, grave ou gravíssima, tarifando um valor indenizatório para cada ofensa suportada pela vítima.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - Ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Tal parágrafo expõe que o quanto indenizatório deverá ser fixado mediante a remuneração atual da pessoa lesada, ou seja, o indivíduo que ganhar mais receberá

uma indenização maior em relação ao que ganhar menos, como se o salário servisse de parâmetro para mensurar a reparação de um dano sofrido, sendo que o assédio afeta não somente os fatores extrínsecos, mas, principalmente os intrínsecos, causando graves consequências na saúde do assediado, fazendo com que muitas vezes cometa o suicídio, visto que em alguns casos a conduta do assediador é tão repugnante, que a vítima sem condições de buscar ajuda para amenizar tais efeitos acaba buscando sossego no suicídio.

Essa forma de valorar a reparação extrapatrimonial deixou a vítima ainda mais vulnerável e frágil, causando um sentimento de revolta e humilhação, pois, os ganhos pessoais, o cargo ou a função que o trabalhador ocupa não diz respeito ao tamanho do seu sofrimento, trauma e humilhação.

Uma gerente de empresa e uma faxineira podem sofrer o mesmo assédio, ter os mesmos danos psicológicos, e necessitarem do mesmo valor indenizatório, pois a dignidade da pessoa humana não está apta a precificação e não diz respeito ao seu status profissional. Conforme prevê a Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza.

A alteração trazida pela reforma trabalhista causou um grande desconforto para os juristas, pois, o referido artigo ao precificar o dano extrapatrimonial, apresentou-se em desacordo com a Constituição Federal, pois, o valor deve ser fixado conforme cada caso, observando a situação econômica e a extensão do dano suportado pela vítima.

O artigo em questão já está sendo objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, que arguiu a inconstitucionalidade de tal valoração extrapatrimonial.

SÚMULA Nº 48 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1º, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo § 1º, incisos I a IV, do art. 223-G da CLT por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuitos pedagógico e de reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88.

Como nota-se, o artigo 223-G interpretou os assédios como se todos fossem iguais, estabelecendo uma desigualdade, uma vez que, quem ganha mais terá direito a uma indenização maior, gerando uma desproporcionalidade.

Veja, as vítimas que recebem uma remuneração inferior, são as que mais necessitam de uma reparação superior aos seus ganhos, já que terão a necessidade de passar por acompanhamentos psicológicos para amenizar seus traumas, cujo tratamento possui um custo elevado e sem o valor justo da indenização essas não conseguiriam ter acesso a esse recurso médico, acarretando mais complicações em seu estado físico e emocional.

Infelizmente o legislador ao buscar uma solução para o caso em tela, gerou um problema maior que o já existente, ocasionando um transtorno indescritível no interior da vítima, já que essa não está sendo acolhida, valorizada e reparada como deveria.

6 CONCLUSÃO

Com esse estudo é possível notar que as duas modalidades de assédio, moral e sexual, sendo que o primeiro, assédio moral se caracteriza pelo o ato de humilhar e constranger o empregado, expondo-o em situações vexatórias, com o intuito de degenerar as condições de trabalho; e o segundo, assédio sexual se define pela conduta de teor sexual de um indivíduo sobre outro, seja por manifestações explícitas ou implícitas, favores ou contatos físicos de caráter sensual, não aceitos e não requeridos pela parte. Ambos afetam a vida da vítima de forma que a mesma se sinta desconfortável, ofendida, desrespeitada, constrangida, hostilizada, inferiorizada e ridicularizada, acarretando sérias complicações psicológicas, emocionais e físicas, sendo que na maioria das vezes seus efeitos são irreversíveis, prejudicando a vida pessoal, profissional e social do assediado.

A vítima que sofrer o assédio deve denunciar as condutas de seus superiores hierárquicos, permitindo que o caso chegue ao poder judiciário e ao conhecimento de seu empregador, para que tal assédio não se repita com a mesma ou com outros colegas de trabalho, visando sua reparação extrapatrimonial e possibilitando que a empresa crie políticas de fiscalização contrastais atos.

Embora seja difícil obter provas para comprovar esses atos de assédio, o TST já se posicionou dizendo que a responsabilidade é objetiva, inexistindo a necessidade de comprovar culpa, uma vez que o assediador age de maneira clandestina, pessoalmente e em ambientes reservados longe dos demais funcionários, impossibilitando a obtenção de provas, podendo então o juiz analisar e julgar o caso apenas com os depoimentos da vítima, juntamente com indícios e presunções, não havendo a necessidade de prova direta do ato ilícito para comprovar o assédio.

O assediador deverá ser punido imediatamente, podendo ser dispensado por justa causa, além de responder por seus atos perante a Justiça do Trabalho, arcando com a reparação indenizatória, sendo a empresa responsável de forma solidaria, visto que cabe a essa zelar pelo seu ambiente de trabalho.

Com o advento da reforma trabalhista o artigo 223 foi alterado e acrescentado o artigo 223-G, que classifica as ofensas em leve, média, grave e gravíssima, estipulando um valor indenizatório, que deverá ser fixado mediante a remuneração atual da pessoa lesada, ou seja, o indivíduo que ganhar mais receberá uma indenização maior em relação ao que ganhar menos.

Nota-se, que o referido artigo necessita urgentemente de uma revisão, pois, a reparação do dano deve ser fixada mediante cada caso, observando a necessidade da vítima, e grau de sofrimento suportado, para que assim a vítima alcance uma decisão justa, que sane suas necessidades, uma vez que a vítima jamais será reparada totalmente, conseguindo apenas amenizar os efeitos do assédio sexual em sua vida com os tratamentos adequados. O valor indenizatório não pode ser estipulado com base no cargo, função e remuneração mensal da assediada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de Maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 08 de Outubro de 2020.

BRASIL. TRT-2 - RO: 11046920125020 SP 00011046920125020052 A28, Relator: ORLANDO APUENE BERTÃO, Data de Julgamento: 29/08/2013, 12ª TURMA, Data de Publicação: 06/09/2013.

BRASIL. TST, Súmula nº 126), não se viabiliza a revista por violação aos arts. 7º, XXVIII, da CF, e 186, 927, ou 932, III, do CC. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 10128-55.2012.5.04.0541, Relator Ministro: Arnaldo Boson Paes, Data de Julgamento: 15/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014).

CASSAR, Vólia Bomfim. ***Direito do Trabalho – De acordo com a Reforma Trabalhista***. 16. ed. São Paulo: Método, 2018.

FILHO, Roberto Dala Barba. ***A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho***. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/60899/a-inconstitucionalidade-da-tarifacao-da-indenizacao-por-dano-extrapatrimonial-no-direito-do-trabalho>> Acesso em: 09 de outubro de 2020.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **O Assédio Moral nas Relações Laborais e a Tutela da Dignidade Humana do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2009. p. 37-38. p. 41.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas Relações e Trabalho**. 2. ed. atual.. São Paulo: LTr, 2004. p. 22.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Assédio Sexual no Trabalho**. In: CESÁRIO, João Humberto (Coord.). *Justiça do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana: Algumas Relações do Direito do Trabalho com os Direitos Civil, Ambiental, Processual e Eleitoral*. São Paulo: LTr, 2007. p. 107.

LILIAMTIS, S. N. *Reforma Trabalhista: Uma Análise Acerca da Indenização por Danos Extrapatrimoniais nos Casos de Assédio Sexual*. São Paulo, jul. 2020. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/reforma-trabalhista-uma-analise-acerca-da-indenizacao-por-danos-extrapatrimoniais-nos-casos-de-assedio-sexual/#:~:text=Em%20nosso%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%2C%20o,danos%20extrapatrimoniais%20%C3%A0%20v%C3%ADtima%20assediada.>> Acesso em: 05 de setembro de 2020.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O Assédio Moral no Trabalho: Conceito, Causas e Efeitos, Liderança Versus Assédio, Valorização do Dano e sua Prevenção**. São Paulo: LTr, 2009.

OS DIREITOS SOCIAIS EXTENSÍVEIS AO SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO NO DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO

TIAGO ESASHIKA CRISPIM: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Nilton Lins; Graduado em Licenciatura Plena em Educação Física pela Universidade Federal do Amazona. Servidor Público efetivo da Prefeitura Municipal de Manaus como professor.²

LENA MARINA MOREIRA PUGA BARBOSA

(Orientadora)³

RESUMO: A contratação do servidor público temporário é a exceção a regra do concurso, por estar nessa situação os critérios de contratação desses servidores são bem restritivos e devem obedecer um rol taxativo previsto em lei, porém por diversas vezes essas hipóteses não são respeitadas. O objetivo da pesquisa é analisar os efeitos do desvirtuamento do contrato temporário de acordo com a tese de repercussão geral assentada pelo STF de n. 551

Palavras-chave: Servidor Público Temporário. Concurso Público. Direitos Sociais. Desvirtuamento do contrato temporário.

ABSTRACT: The hiring of the temporary public servant is the exception to the rule of the competition, because in this situation the hiring criteria of these servants are very restrictive and must obey a strict list provided by law, however, several times these hypotheses are not respected. The objective of the research is to analyze the effects of the distortion of the temporary contract according to the general repercussion thesis established by the STF of n. 551

Keywords: Temporary Public Servant. Public tender. Social rights. Deviation from the temporary contract.

Sumário: 1. Introdução – 2. O Servidor Público Temporário: 2.1 Classificação Atual Dos Servidores Públicos; 2.2 Requisitos Para Contratação Do Servidor Público Temporário. 3. O Concurso Público: 3.1 Princípios atinentes ao concurso público. 4.

²Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Nilton Lins, Graduado em Licenciatura plena em Educação Física – e-mail: ti.esashika@gmail.com

³ Prof^a. Msc. e Orientadora do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Nilton Lins – email: lenampuga@gmail.com

A Tese De Repercussão Geral Do Caso: 4.2 O Julgamento no STF; 4.3 Dos Direitos Sociais concedidos. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A atual legislação brasileira, em seu texto Constitucional de 1988 no art. 37, inciso IX, relaciona a situação que enseja a contratação temporária; dispõe, ainda, a carta magna a necessidade de cada ente produza sua própria legislação para fins de regular as hipóteses de contratação, sendo que na esfera federal a regulação se dá pela Lei N.º 8.745 de 1993, o qual foi recentemente fora atualizada com mais hipótese. Não obstante, a quantidade de normas o tema ainda enseja muitas ações judiciais, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 1.066.677 MG proferindo a tese de estudo deste trabalho, em que havendo o desvirtuamento do contrato é possível extensão de alguns direitos sociais previsto no contrato celetista.

O trabalho é importante, pois apesar de tal instrumento não ser novo, sendo utilizado pela Administração Pública desde o tempo do Brasil império, ainda gera muitas controvérsias.

Dessarte, fez-se um paralelo utilizando o método bibliográfico e de análise de documentos, esclarecendo a evolução histórica do instrumento de contratação temporária pela Administração Pública, a legislação contemporânea, e o estudo de caso que assentou a tese e ainda parte processual desse julgamento para entender os efeitos que tal decisão irá reverberar em todos os entes públicos.

Sendo assim, a problemática do artigo é: quais os direitos sociais do art. 7º da Constituição são extensíveis aos Servidores Públicos Temporários?

O objetivo geral do trabalho foi analisar as hipóteses em que esses Direitos Sociais são extensíveis aos Servidores Públicos Temporários, uma vez que, o STF passou a entender que são extensíveis quando o ente esbarrar em irregularidade deste contrato.

O tema deste artigo foi escolhido após a leitura de várias notícias sobre o fato de que várias prefeituras e governos estaduais possuem um rol extenso de contratos temporários irregulares, aliado a decisão, recente, do STF que vem expor e acima de tudo reconhecer problema estrutural.

O presente trabalho apresenta grande relevância social, visto que a utilização do contrato temporário, quando realizado de modo irregular, fere vários direitos fundamentais que vão dos mais direitos com o do Concurso Público e até mesmo o da Dignidade da Pessoa Humana.

2. O SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO

Primeiramente cabe ressaltar que o instituto é bem antigo, historicamente a ideia do servidor público temporário não advém da Constituição Federal (CF) de 1988, vem bem antes disso, na tese de Bastos (2014, p.12) há uma descrição de uma série de figuras que ocuparam as instituições públicas desde a época do Brasil Imperial e que apesar de nomes diferentes e pequenas alterações de regime muito se assemelham aos servidores públicos temporários atuais.

Como exemplo na obra de Melo (1945) apud Bastos (2014, p.10) a figura do – extranumerário - presente no Decreto n.º 2.537, de 2 Março de 1860, em que o autor descreve da seguinte maneira:

[...] Rápida consulta às obsoletas leis imperiais demonstrará que não surgiu ele por mero acaso, eventualmente, acidentalmente. Não foi, como não é, elemento de origem duvidosa, ou ignorada, paraquedista, estranho à administração do país. Não foi planta exótica e tampouco produto de enxertos ocasionais. Não emergiu por obra e graça de injunções políticas, ou subalternas. Não medrou à margem da lei, nem viveu contra suas normas.

Muito pelo contrário, apareceu regularmente, fora do quadro de empregados públicos, e, desde logo, com indicações precisas do modo de ser admitido, do prazo de sua permanência nos serviços, da natureza dos trabalhos que lhe cumpria executar e da forma da respectiva retribuição

Percebe-se, no texto, o embrião do que temos hoje, com evidente semelhança. Mais tardiamente a Constituição de 1946 foi a primeira a fazer menção a figura do temporário, no seu capítulo dos Atos das Disposições Transitórias tinha a seguinte redação:

Art. 23 [...] os atuais extranumerários que exerçam função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação serão equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias.

Portanto, essa Constituição foi a primeira a reconhecer a existência figura do “extranumerário” e ainda realizou a sua equiparação, desde que exercesse função de caráter permanente por mais de 5 anos, abrindo um nocivo precedente para colocar na administração pública pessoas que não fizeram concurso público. Como bem pontua o jurista Dallari (1990) apud Bastos (2014, p.20):

[...] não obstante suficientemente demonstradas a eventualidade e precariedade inerentes à admissão de tais servidores, na prática isso não ocorria, especialmente no que se referia aos extranumerários, que eram, posteriormente, estabilizados, o que passou a ser uma forma de, pura e simplesmente, burlar a exigência de concurso público.

Mais tarde, a Constituição de 1967 teve um papel moralizador ao dispor que só através de concurso público era possível a nomeação e posteriormente a estabilidade, outro fato importante foi a aplicação da - legislação trabalhista aos servidores ingressados temporariamente - para obras, ou contratos de funções técnicas e especializadas.

Ainda na Constituição de 1967, a Emenda Constitucional de n.º 01/69 foi instituído a criação de uma lei especial para o regime jurídico dos temporários no entendimento do doutrinador Bandeira (1987) apud Bastos (2014, p.22):

A Lei Magna procurou se eximir de duas situações: afastar a aplicação obrigatório a das normas celetistas, noutra banda, obstar a atribuição dos mesmos direitos funcionais ou equiparações que viessem a nivelar aos servidores públicos.

Por fim, a Constituição de 1988, atual, que trouxe no seu art. 37, inciso IX, a seguinte redação: "A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para a atender a necessidade de excepcional interesse público". Complementado pela Lei Federal n.º 8.745/93 que veio dispor sobre as hipóteses, as condições e prazos; tendo mais recentemente sido atualizada pela Lei n.º 13.886 de 2019.

Portanto, fazendo essa breve análise histórica pode se constatar a figura do temporário é bastante antiga, que já havia uma preocupação com relação ao ingresso desses servidores na administração pública e ainda com relação a natureza dessa contratação.

2.1 Classificação Atual Dos Servidores Públicos

Antes de adentrar nas razões que levam a Administração contratar esses servidores temporários, é importante fazer a distinção dos diversos servidores públicos que fazem parte do Estado com intuito de melhor compreender o objeto de estudo deste trabalho.

Na concepção clássica proposta por Meirelles (2015, pg. 518), temos em sentido amplo o Servidores públicos que se vinculam à Administração Pública tendo

sua divisão ligada ao regime jurídico, portanto haverá uma divisão em três espécies: estatutário regular, celetista e administrativo especial.

Estatutário regular, são os titulares de cargo público efetivo e em comissão, possuem o regime jurídico de estatutário, integram a Administração direta, as Autarquias e as Fundação Públicas. Quando ingressantes por concurso podem adquirir a estabilidade, e possuem um regime distinto de previdência social.

Celetistas ou empregados públicos, são os titulares de emprego público e podem ocupar tanto a Administração direta e a indireta, estão submetidos ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, não ocupam cargo público em razão disso não possuem estabilidade e pertencem ao regime geral de previdência.

Vale lembrar que apesar do foco deste trabalho ser os contratos dos servidores temporários há outras hipóteses de exceção ao concurso público trazidas no próprio texto constitucional e elencadas didaticamente abaixo por Cavalcante (2019):

Assim, a CF/88 prevê situações em que o indivíduo poderá ser admitido no serviço público mesmo sem concurso. Podemos citar como exemplos:

- a) cargos em comissão (art. 37, II);
- b) servidores temporários (art. 37, IX);
- c) cargos eletivos;
- d) nomeação de alguns juízes de Tribunais, Desembargadores, Ministros de Tribunais;
- e) ex-combatentes (art. 53, I, do ADCT);
- f) agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias (art. 198, § 4º).

O objeto desse estudo se atém a alínea “b” das dos casos elencados acima, os servidores públicos temporários submetidos ao regime jurídico administrativo especial, previsto no o art. 37, IX, da CF/88.

Com relação ao regime destes servidores, são considerados alocados numa ideia de terceiro regime, o qual nem é estatutário e nem celetista. Possuem atributos dos dois, tendo a natureza jurídica de um contrato administrativo de caráter funcional, conhecido com Regime de Jurídico Administrativo ou Regime Jurídico Especial.

De acordo com Silva (2019, p.15) cada ente, por meio de lei própria, irá estabelecer esse liame entre o regime ser mais parecido com o estatutário⁴ ou com o celetista⁵, ao analisar a legislação federal percebemos que ela é mais próxima do regime estatutário, tendo os direitos cedidos aos seus temporários:

O direito à ajuda de custo, diárias, gratificação natalina, adicional por tempo de serviço, adicionais de insalubridade, periculosidade e atividades penosas, adicional por serviço extraordinário, adicional noturno, adicional de férias, férias, licença para ausentar-se do serviço para doar sangue, para alistar-se como eleitor e para casar, licença em virtude de falecimento de cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados e menor sob guarda ou tutela e irmãos, além do direito de petição

Com relação a previdência eles são vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, assim como os trabalhadores celetistas, por fim salientar que os servidores temporários não ocupam cargo público, somente função pública sem cargo.

2.2 Requisitos Para Contratação Do Servidor Público Temporário

De acordo com o texto constitucional “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, segundo o Ministro Alexandre de Moraes (2017, pág. 264) a contratação temporária necessita de três requisitos obrigatórios: (I) excepcional interesse público, (II) temporariedade da contratação e (III) hipóteses previstas em lei.

Em espécie, o requisito excepcional interesse público segundo a Ministra Carmén Lúcia (2014) no REx. 658.026 MG:

Se caracteriza de forma impar, singular, estranha, fora do ordinário, ou em razão de sua forma de prestação, que, por ter de ser contínua e implicar prestação imprescritível, tem cunhada uma situação de excepcional interesse na contratação.

Exemplificando o entendimento da Ministra, tragamos duas situações para melhor compreensão: a situação da pandemia do COVID-19, em que houve uma prestação inédita, imprevista, e com urgência, caracterizada por uma – prestação excepcional; de outro lado, um - interesse regular –, mas com a iminência de uma circunstância que necessita de uma contratação temporária como por exemplo a

4 Lei Nº 8.112, De 11 de Dezembro de 1990, Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

5 Decreto-lei Nº 5.452, DE 1º de Maio de 1943, Consolidação das Leis do Trabalho.

contratação de professores substitutos para cobrir férias e licenças dos professores efetivos.

Temporariedade na contratação, quando a contratação seja por tempo limitado, com duração certa, indicando que a necessidade seja passageira refletindo no caráter precário desses profissionais, outro aspecto importante aponta Bastos (2014) "a atividade não pode durar tanto tempo a ponto de não permitir a realização de um concurso público".

Por último, hipóteses previstas em lei, o Ministro Carlos Velloso em seu voto na ADI n.º 3210/PR profere que - a lei irá estabelecer os casos de contratação e não o chefe do Poder interessado -, leis que estabeleçam hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária serão impugnadas, sendo necessário a especificação da contingência fática que amoldaria a situação de emergência.

Além dos requisitos obrigatórios há a necessidade de acordo com a Lei Federal n.º 8.745/93 de um processo simplificado, isto é, um procedimento mais sintético que o concurso público, todavia, por meio do qual seja possível selecionar os melhores candidatos à função e de maneira impessoal.

Logo, percebe-se o intuito restritivo da norma em não generalizar esse tipo de contratação que fere diametralmente o postulado concurso público e por consequência uma série de princípios como da moralidade, isonomia, impessoalidade.

3. O CONCURSO PÚBLICO

Uma vez conceituado a contratação temporária forma extraordinária de ingresso; é importante demonstrar o concurso público sendo a forma de ordinária de ingresso ao serviço público, tendo como seu efeito limitador daquela. Inspirado no *merit system*⁶ (sistema de mérito) da legislação Americana de 1872 a Constituição Brasileira de 1967 institui a obrigatoriedade do concurso público de provas ou de provas e títulos para a nomeação em cargos públicos, traduzindo na forma mais democrática e legítima em selecionar as melhores e mais bem qualificadas pessoas.

3.1 Princípios atinentes ao concurso público

A Ministra do STF Carmen Lúcia define o concurso como " processo administrativo pelo qual se avalia o merecimento de candidatos a investidura em cargo ou emprego publico, [...] por ele se concretiza a igualdade de oportunidade e

⁶ ADI 3.649/RJ Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 28.05.2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe de 29.10.2014.

a impessoalidade”; Carvalho Filho (2019, p.880) acrescenta “cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos”

Ainda na seara dos princípios, Magalhaes (2012) preceitua O concurso público visa além da efetivação dos valores de igualdade entre todos os interessados e à universalização do acesso aos quadros da Administração, busca a boa e eficiente gestão da coisa pública”.

Ademais, vale ressaltar o princípio da impessoalidade que significa segundo Carvalho Filho (2012) a objetividade no tratamento dos administrados em idêntica posição jurídica e complementa para que haja a verdadeiro impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público.

Ainda na impessoalidade, ressalte-se que a forma do governo é a República, e pela sua etimologia do Latim significa a “coisa pública”, então, nada mais justo que administração seja impessoal na escolha dos seus servidores para gerir essa – coisa pública.

Com relação ao - Princípio da Igualdade - de acordo com o Ministro Celso de Mello em seu voto na Relatoria do RTJ 152/762 a seguinte razão:

O concurso público representa garantia concretizadora do princípio da igualdade, [...] conferindo que todos são iguais perante a lei, vedando-se a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.

O Princípio da Moralidade que obsta o favorecimento e as perseguições pessoais, e ainda as situações de nepotismo, tendo como principal objetivo de selecionar os melhores.

Observa-se a posição irredutível da obrigatoriedade do concurso público para o ingresso do serviço público. Endossando tal entendimento temos a Sumula Vinculante n.º 43 do STF:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Uma vez dispostos os princípios que coadunam a regra, e ainda, topograficamente na Constituição antecedem ela, temos no art. 37, inciso II, que dispõe:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Logo, percebe-se o intuito restritivo da - norma, em sentido amplo, - pois conforme correlaciona Duarte (2017) em seu artigo sobre a teoria de Dworkin, princípios e regras são normas de tipos diferentes, enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso, as regras são aplicadas na lógica do tudo ou nada. Neste caso o instituto do Concurso Público possui a sustentação dos dois liames (princípio e regra) que sustentam o próprio conceito de norma.

Portanto, o próprio arcabouço geral de contratação da administração pública é através do concurso público, a via ordinária; a contratação temporária é a exceção da regra, tendo assim um regime jurídico bem menos protetivo, precário, não obstante os tribunais vem reconhecendo alguns direitos a estes servidores quando há hipóteses de desvirtuamento do contrato, conforme a análise do Recurso Extraordinário 1066677/MG a seguir.

4. A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL DO CASO

Antes de entrar no mérito da questão, faz-se necessário, em breve síntese, conceituar o instituto processual que gera essa tese de repercussão geral, o chamado recurso extraordinário, segundo Câmara (2020, p. 180) neste recurso apenas questões de Direito poderão ser suscitadas, sendo só admissíveis após esgotados todos os recursos em instâncias ordinárias e ainda se o recurso dispuser de repercussão geral.

Da repercussão geral, o art. 1.035, §1º, do CPC7 traz a o conceito da lei, sendo sintetizado por Câmara (2020, p. 185) da seguinte forma " a discussão deve ter transcendência do ponto de vista subjetivo, interessando a sua solução não só as partes, [...] sendo capaz de alcançar a sociedade como um todo ".

7 Art. 1.035, §1º, do CPC "Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo."

Reconhecida a repercussão geral, o ministro Relator determinará a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma questão constitucional até o julgamento pelo STF.

Ao ser julgado no mérito do caso, o Acórdão será utilizado com um precedente vinculante, tendo efeitos prospectivos, ou seja, haverá produção de efeitos diante de processos que ainda chegarão ao STF; é o seu efeito mais importante, pois busca uma padronização decisória em respeito aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

4.2 O Julgamento no STF

O incidente que gerou o Recurso Extraordinário 1066677/MG teve início na Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, este exarou decisão no sentido de assegurar aos servidores contratados para atender necessidade temporária de excepcional interesse público o direito a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional.

A Procuradoria do Estado de Minas Gerais interpôs recurso extraordinário com base na alínea "a" do inciso III do art. 102 da CF de 1988. Apontando incompatibilidade com o art. 39, § 3º, da CF de 19889, alegando que os direitos pleiteados são exclusivos de servidor ocupante de cargo público.

No mérito, a repercussão foi conhecida em 1ª de junho de 2012, tendo a Procuradoria-Geral da República opinado pelo desprovimento, o, então, Ministro Relator Marco Aurélio votou pelo provimento do Recurso interposto pela Procuradoria de Minas Gerais, tendo o Ministro Alexandre de Moraes, em divergência, assentando a tese para Tema 551 da repercussão geral:

Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação

8 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal [...], cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição;

9 Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes; 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações.

Como se percebe na tese fixada, a regra é não fazer jus aos direitos sociais do décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, porém o Relator faz duas ressalvas.

Na primeira, se houver expressa previsão legal e/ou contratual dos direitos, lembrando que há autonomia dos entes em legislar sobre a lei pertinente da contratação temporária, não só autonomia, mas um dever, pois cada ente em tese terá suas peculiaridades de contratação que fogem ao ordinário, nesta senda poderia, de acordo com a tese, o ente estender esse Direitos Sociais aos servidores públicos temporários.

Neste ponto cabe informar o que o Ministro Joaquim Barbosa no ensina, que o dispositivo constitucional, art. 37, IX, há duas limitações a formal e a material. Na formal há a exigência de uma lei que regulamente o tema, e na material exigência de que essa lei descreva as hipóteses em que será permitida a contratação, o tempo máximo determinado e qual é a necessidade temporária de excepcional interesse público que a justifica, portanto no conteúdo material poderia haver essa disposição do direito de décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional.

Na segunda, há a ressalva que merece mais atenção, pois é o objeto de toda discussão, o desvirtuamento da contratação temporária, no caso da tese o vínculo do servidor temporário, que em tese era – temporário –, durou seis anos, tendo sucessivas prorrogações de seis meses.

Apesar de só agora, em 2020, tenha saído essa decisão de caráter vinculante, a hipótese aventada já era discorrida no magistério de Carvalho Filho (2020, p. 879), denominando como vínculo temporário de - longa permanência. Em que em razão da permanência do servidor, nessas condições, comprovaria a não existência de qualquer temporariedade e vínculo, logo o desvirtuamento.

Vale ressaltar que a Lei no 8.745, 1993, o qual dispões sobre a contratação desses servidores, no âmbito da União, faz menção expressa a proibição da recontração do servidor temporário antes de dois anos, de forma indireta o legislador deixou bem claro que é vedado perdurar esse contrato.

4.3 Dos Direitos Sociais concedidos

Cabe ressaltar que antes destes incidente, era vigente a tese do RE 765.320 no tocante aos direitos sociais perceptíveis, o STF tinha concluído no julgamento de

mérito¹⁰ que a contratação temporária para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público não geraria quaisquer efeitos jurídicos válidos em servidores temporários, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e o saque dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

De acordo com a tese, serão concedidos os Direitos Sociais do Décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional quando ocorrer o desvirtuamento do contrato ou a previsão legal.

Nesta senda é importante a definição de Direitos Sociais segundo Alexandre de Moraes (2017, p.164):

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

No caso em específico, temos o rol do Art. 7ª da Constituição que dispõe do Direito ao Trabalho, que segundo Ferreira (2012) “o direito ao trabalho como pilastra mestra como condição da dignidade da pessoa humana. Devendo, portanto, que seja assegurado ao empregado, além de outros direitos, um trabalho decente”.

Não pode o empregador, pior ainda sendo a Administração Pública, vilipendiar direitos fundamentais básicos, esbarra na noção de dignidade da pessoa humana, exarada por Kant “ tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade”, portanto não pode a administração, sob pretexto de temporariamente, tratar esses servidores como substituíveis, atenta contra o que é digno ao ser humano.

No julgado se reconheceu direitos básicos do servidor, 13ºsalário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, lembrar ainda que antes de lançada a tese já há precedentes reconhecendo a extensão desses direitos, no caso direito à licença maternidade, como no caso Processo nº: 0006785-79.2015.4.01.3300/BA, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) manteve a sentença, da 10ª Vara Federal da Bahia em que assegurou o direito a uma professora

¹⁰ RE 765.320 RG, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 15/09/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe de 23/09/2016, Tema 916

contratada pela Universidade Federal do Recôncavo Baiano (UFRB) em regime temporário, segundo o Relator do Tribunal:

Salientou o relator não haver razão para que uma trabalhadora gestante seja excluída do amparo do benefício, "independentemente de discussão sobre a natureza do seu vínculo, se temporário/exonerável ad nutum* ou não, pois a proteção à trabalhadora gestante emana de preceito constitucional que não deve ser excepcionado. O ato administrativo não pode contrastar com a determinação constitucional de proteção à maternidade".

Portanto, respondendo a problemática da pesquisa no que se refere a quais direitos sociais seriam extensíveis aos servidores temporários, no caso os dois relatados exhaustivamente, percebe-se que esses direitos ao primeiro momento não são extensíveis em razão da temporariedade do contrato, porém quando este é desvirtuado acaba gerando efeitos positivos ao servidor, que se materializam na possibilidade de cobrar, muitas vezes na justiça, os direitos de um contrato celetista.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o processo de pesquisa, observou-se que tribunais, autoridades jurídicas, assim como operadores do Direito terão que enfrentar grandes desafios concernentes ao tema pesquisado, pois, o precedente é claro em discorrer a responsabilização do Poder Executivo que vier a desvirtuar o contrato de serviço temporário.

Na doutrina do magistério de Carvalho Filho (2020) já havia respaldo para a tese assentada pelo STF, em razão da dignidade da pessoa humana e da proteção da confiança legítima era cediço que a administração pública deveria ser responsabilizada.

Reforçar que se buscou no trabalho a importância de todos os institutos postos, a contratação temporária, o concurso público; pois, eles da maneira como foram redigidos, pensados, atendiam a todos os preceitos éticos, porém como a administração pública funciona através de pessoas, passíveis de errar, acabando gerando essa celeuma que é constatada em todas as esferas dos entes federativos.

Cabe a sociedade cobrar a realização de concurso público, em regra, para suprir os quadros da administração, e quando não for possível, nas situações que realmente haja a previsão da contratação temporária deve ser realizada, com os contratos seguindo o tempo estritamente necessário.

Assim, constatou-se durante a pesquisa que essa desídia dos órgãos de controle, da sociedade, dos poderes judiciário e legislativo produziram um terreno

fértil para o poder executivo lotear a administração pública por meio de contratos temporários.

Em vista da tese assentada pelo STF, é primordial que os atores acima descritos façam dela instrumento com parâmetros mais objetivos com o fim de cobrar mais ética e imoralidade nessas contratações, com o fim de resguardar tanto a sociedade nos preceitos da república, a coisa pública, como também, resguardar o servidor temporário que acaba se dedicando a uma vida a administração e ao final tem os seus direitos locupletados. É importante frisar que não faltam leis para o problema, e sim o fiel cumprimento dessas regras.

De todo o exposto, conclui-se que há a possibilidade de extensão dos direitos sociais ao trabalho quando ocorrer o desvirtuamento ou a expressa disposição no contrato, contudo na maioria das vezes esses direitos só são estabelecidos através da via judicial, fez bem o STF assentar regras objetivas e claras a fim de que tais direitos cheguem a essa parcela de servidores temporários, que muitas das vezes correspondem a pessoas humildes que não tiveram uma educação suficiente para ser aprovada em um concurso público, e nessa condição aceitam as arbitrariedades do poder público para ter uma renda mínima.

6. REFERÊNCIAS

BASTOS, Aline Maria. Regime Disciplinar do Servidor Público Temporário. 2014. 267 fls. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 6ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CASTRO SILVA, Gil Braga. Contrato de trabalho temporário e a exigência constitucional de concurso público. JusBrasil, Manaus. Disponível em: <<https://gilbragacastro.jusbrasil.com.br/artigos/147722340/contrato-de-trabalho-temporario-e-a-exigencia-constitucional-de-concurso-publico>>. Acesso em: 18/05/2020

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Lei de contratação temporária não pode prever hipóteses genéricas nem a prorrogação indefinida dos contratos. Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/79cc30c73507cf_c25d20fe7f7bcfd91b. Acesso em: 18/05/2020

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35633/direito-social-ao-trabalho> . Acesso em: 01/10/2020

DUARTE, Hugo Garcez. Os princípios e as regras em Dworkin e Alexy. Âmbito Jurídico, Manaus, Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/os-principios-e-as-regras-em-dworkin-e-alexyl/>. Acesso em: 20/09/2020

FERREIRA, Diego Manetta Falci. Direito social ao trabalho. JusBrasil, Manaus, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35633/direito-social-ao-trabalho>

Acesso em: 20/09/2020

HAYASHI, Maria Cristina Piumbato Innocentini. A Arte Da Pesquisa Bibliográfica Na Busca Do Conhecimento. Revista Digital Bibiográfica científica, p.53-66, jul./dez. 2012. Universidade de Campinas, Campinas.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 17. Ed. Atualizada. In: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel (revisores). São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 8. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 7. Ed. Revisada, ampliada e atualizada com a emenda constitucional 24/99. São Paulo: Atlas, 2000.

PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico] : métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico / Cleber Cristiano Prodanov, Ernani Cesar de Freitas. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SILVA, Daniele Ferreira da Silva. Contrato temporário no funcionalismo público: a exceção transformada em regra. 2019. 49 fls. Monografia de conclusão do Curso de Bacharel em Direito. Universidade Federal de Pernambuco.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REX 658.026 MG. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 09/04/2014. Jusbrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342534/recurso-extraordinario-re-658026-mg-stf/inteiro-teor-159438054>>. Acesso em 20 de abr. de 22020

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

PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO BASE PARA DECISÃO JUDICIAL COM FULCRO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

JOÃO PEDRO VIEIRA DE CARVALHO:
Advogado, Pós Graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNIRN

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo será discutido e trabalhado o Princípio da Isonomia, caminhando pela estrada constitucional e a processual civil, que a priori, consiste na igualdade de direitos e garantias para todas as partes no processo, além da análise dos dois tipos de Isonomia, sendo a primeira a Isonomia Formal, onde todos são iguais perante a lei sem distinção de raça, orientação sexual, cor ou credo, garantindo acesso igualitário a todos e a segunda, a Isonomia Material onde se vê uma preocupação social e econômica.

Analisaremos o arcabouço constitucional deste princípio que está positivado no art.5º da Constituição Federal de 1988 sendo matriz para a o sistema normativo processual vigente.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS EM DIREITO

A palavra princípio possui duas vertentes: uma se refere a esfera moral, a qual é referida as condutas e as virtudes, voltados a razões morais, e existe a outra acepção que é a de significado lógico, ou seja, são verdades ou juízos fundamentais que servem de base ou de garantia de certeza a um sistema de conhecimento, filosófico ou científico

Assim como nos ensina Reale: *“Os princípios se abrem num leque de preceitos fundamentais, desde a intangibilidade dos valores da pessoa humana, vista como o fulcro de todo o ordenamento jurídico, até os relativos à autonomia da vontade e liberdade de contratar; à boa-fé como pressuposto da conduta jurídica; ao equilíbrio dos contratos, com a condenação de todas as formas de onerosidade excessiva para um dos contratantes; à exigência de justa causa nos negócios jurídicos; aos pressupostos de responsabilidade Civil ou Penal, etc.”.*

O Direito vigente está impregnado de princípios até as suas últimas ramificações. Eles estão presentes na sua elaboração, interpretação, aplicação e integração. Pode-se dizer que os princípios dão consistência ao Direito, enquanto os valores lhe dão sentido. Ao se elaborar uma norma jurídica, deve-se antes escolher os valores e princípios que se deseja consagrar.

As regras de Direito devem ser irradicações de princípios e valores, assim como ele é válido para todas as suas ramificações. No âmbito específico da teoria geral do Direito, os Princípios Gerais do Direito são enunciados normativos, de valor muitas vezes universal que orientam a compreensão do ordenamento jurídico no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração (derrogação) ou supressão (ab-rogação) das normas.

Assim, o legislador não encontrando solução na analogia e nos costumes, por exemplo, para preenchimento das lacunas presentes nas leis, esse vai buscá-lo nos princípios gerais do Direito, sendo estes constituídos de regras que se encontram na consciência dos povos e podem ser universalmente aceitas, mesmo não escritas.

Tais regras, de caráter genérico orientam a compreensão do sistema jurídico em sua aplicação. Os princípios gerais do Direito são diretrizes básicas e gerais que orientam o intérprete ao aplicar o Direito no caso de omissão do texto legal. Os modelos hermenêuticos de Direito em sua grande maioria não constam em textos legais, mas representam enunciações doutrinárias e de princípios fundamentais, os quais alguns deles são tão importantes que os legisladores lhes conferem força de Lei, inserindo-os no ordenamento jurídico.

Abaixo seguem alguns exemplos na Área Civil: as declarações de vontade deverá ser mais considerada a intenção do que o sentido literal da linguagem; a boa-fé se deve presumir e a má-fé deve ser provada; as obrigações contraídas devem ser cumpridas (*pacta sunt servanda*); deve haver equilíbrio nos contratos, com respeito à autonomia da vontade e da liberdade para contratar; a interpretação a ser seguida é aquela que se revelar menos onerosa para o devedor; a pessoa deve responder pelos próprios atos e não pelos atos alheios; nas relações sociais se deve tutelar a boa-fé e reprimir a má-fé; etc.

Desta forma, podemos concluir que os Princípios Gerais do Direito são ideias basilares e fundamentais do Direito, que lhe dão apoio e coerência, que são respaldados pelo ideal de Justiça, de liberdade, igualdade, democracia, dignidade etc.

3.PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO PROCESSO CIVIL

O art. 5º da Constituição Federal de 1988, *caput*, é a determinação normativa mais ampla a respeito do princípio da igualdade. É a máxima de caráter geral a ser aplicada em todas as relações que envolverem os homens. “É um direito fundamental que exige um comportamento voltado para que a lei seja tratada de modo igual para todos os cidadãos”

O princípio da isonomia é um dos mais importantes em um Estado Democrático, refletindo em todos os campos da ciência jurídica. Ele não tem a finalidade de acabar com todas as desigualdades ele busca, portanto, detectar eventuais diferenças havidas nas mesmas características e conceder tratamentos diferenciados de modo geral e impessoal.

Isto porque é injusto tratar de modo desigual pessoas que possuem as mesmas características, ao passo que é justo conceder tratamento diferenciado a pessoas que são diferentes em relação a estas mesmas características como nos ensinou o advogado e polímata Ruy Barbosa (1849-1923).

Luis Roberto Barroso nos ensina que: *“A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. Em torno de sua maior ou menor centralidade nos arranjos institucionais, bem como no papel do Estado na sua promoção, dividiram-se as principais ideologias e correntes políticas dos últimos séculos. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. A Constituição brasileira de 1988 contempla essas três dimensões”*.

A localização do princípio isonômico encabeça a lista de todos os outros direitos fundamentais previstos no art. 5º em virtude de todos os direitos necessariamente serem reconhecidos indistintamente e em igualdade de condições.

O princípio da igualdade é dirigido a todos os Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Isto é, para o aplicador da lei e para o legislador. Segundo Rogério Lauria Tucci, considerando a igualdade incidir tanto na criação da lei quanto na sua aplicação, “cumpre ao juiz, no exercício da função jurisdicional, decidir sempre da mesma forma questões análogas, ainda que não haja o precedente judiciário obrigatório”.

4. A PARIDADE DE DEFESA NA RELAÇÃO PROCESSUAL

Todos têm o direito de ser julgado por um juízo independente e imparcial, essa estrutura se faz presente no modelo democrático e constitucional dos países que seguem o direito românico- germânico.

Art. 7º do Código de Processo Civil nos diz: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O referido dispositivo consagra, no plano infraconstitucional, o princípio da igualdade processual (paridade de armas). Segundo lição de Fredie Didier, o princípio da igualdade processual deve observar quatro aspectos:

- a) imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes);
- b) igualdade no acesso à justiça, sem discriminação (gênero, orientação sexual, raça, nacionalidade etc.);
- c) redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, como a financeira (ex.: concessão do benefício da gratuidade da justiça, arts 98-102, CPC), a geográfica (ex.: possibilidade de sustentação oral por videoconferência, art. 937, §4º, CPC), a de comunicação (ex.: garantir a comunicação por meio da Língua Brasileira de Sinais, nos casos de partes e testemunhas com deficiência auditiva, art. 162, III, CPC) etc.;

Procura-se a pacificação e manutenção da ordem jurídica além da garantia do direito das partes, e isto não será alcançado se houver apenas a igualdade pura e absoluta, por isso junto a ela há também a isonomia substancial que leva em consideração as disparidades culturais e socioeconômicas, o que é mostrado em privilégios como o benefício de prazo e o foro privilegiado que não são discriminações abusivas e são perfeitamente justificáveis, pois são frutos da busca pelo equilíbrio jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da isonomia no processo civil consiste na igualdade das partes, mas não é somente isso, pois se deve observar que todos devem ser tratados de forma igual na medida de sua igualdade e de maneira desigual na medida de suas desigualdades, tratar desiguais de maneira igual não seria o uso correto do princípio, pois as pessoas são seres particulares e por isso tem suas particularidades que as fazem ser únicas.

A isonomia formal consiste na regra geral em que todos são iguais perante a lei, o que é importante porque garante o acesso isonômico ao judiciário, mas não é somente esse lado que deve ser observado, pois há também a Isonomia material ou substancial onde se leva em consideração a situação econômica e social das partes, um exemplo prático seria a criação de defensorias públicas para que pessoas com menor potencial financeiro possam também fazer parte da demanda e lutar por seus direitos em pé de igualdade.

BIBLIOGRAFIA:

BETIOLI, Antonio Bento – Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional. – 10. Ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Op. Cit. P.601. 1v.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de....** Op. cit. P.602-603.

BRAGA, Flávio Luiz Wladimir - Princípios Gerais do Direito – Disponível em: <http://fdc.br/Artigos/..%5CARquivos%5CArtigos%5C14%5CPrincipiosGeraisDireito.pdf>.

CAMPANELLI, Luciana. **Poderes instrutórios...**p.27

DELGADO, Jose Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Op. Cit. P. 47

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. 22ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 20ª ed., SP: Atlas, 2008.

· GONCALVES, Carlos Roberto- Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. – 10. Ed. Atual, - São Paulo: Saraiva, 2012.

· VENOSA, Silvio de Salvo – Direito Civil: parte geral. – 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

DA INAPLICABILIDADE DO FATO DO PRÍNCIPE ÀS DISPENSAS TRABALHISTAS DERIVADAS DAS MEDIDAS SANITÁRIAS ADOTADAS DURANTE A PANDEMIA DO SARS-COV2

ANA BEATRIZ FERNANDES COELHO CHAGAS:
Advogada. Graduada em Direito pela UFRN (Universidade Federal do Rio Grande do Norte). Pós graduada em Direito Constitucional.

RESUMO: o presente artigo procura demonstrar que o fato do príncipe não pode ser aplicado às dispensas trabalhistas efetuadas em razão da crise econômica derivada de medidas sanitárias adotadas para conter a pandemia da COVID-19. A Lei 14.020/20 positivou expressamente esse entendimento.

ABSTRACT: the present paper seeks to demonstrate that the prince's fact cannot be applied to labor dismissals carried out due to the COVID-19 pandemic.

Palavras-Chave: Fato do Príncipe. Dispensa de empregados em razão da crise econômica derivada da pandemia da COVID-19. Inaplicabilidade. Lei 14.020/20.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos fundamentos jurídicos. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O encerramento de contratos de trabalho pela paralisação temporária das atividades presenciais em alguns setores comerciais, em razão da pandemia do SARS-COV2, atrai, segundo alegam sociedades empresariais, a aplicação do art. 486 da CLT e enseja a responsabilização do Estado pelo pagamento de parte das verbas rescisórias dos empregados demitidos.

A rede de churrascarias "Fogo de Chão", por exemplo, demitiu 690 funcionários em abril de 2020, alegando ter sido forçada pelas consequências da pandemia do novo coronavírus. A sociedade empresarial não paralisou completamente as suas atividades durante a pandemia, mas teve que funcionar apenas com o sistema de entregas por aplicativos ("*delivery*"). Após demitir os empregados, a empresa se recusou a pagar todas as verbas rescisórias dos empregados, alegando que esta seria uma obrigação do Governo Estadual¹¹.

Depois da rede de churrascarias, foi a vez da loja de material de construção "Amoedo", que demitiu cerca de 150 funcionários e sugeriu a eles que pagassem um

¹¹ Disponível em: <https://diariodorio.com/fogo-de-chao-demite-690-e-manda-a-conta-para-governadores-pagarem/>. Acesso em 17 de outubro de 2020.

advogado indicado pela empresa para conseguirem receber as suas verbas rescisórias perante o judiciário.

Outra grande marca do Rio de Janeiro agir dessa maneira foi a Parmê12, rede de pizzarias com mais de 30 lojas espalhadas pelo Município do Rio de Janeiro. Segundo relatos de funcionários demitidos, a empresa os dispensou e não pagou todas as verbas rescisórias, argumentando, para tal, que estaria amparada pela lei e que o governo arcaria com o que ficou restando. Ainda segundo os ex-funcionários, teriam sido nada menos que 579 empregados demitidos.

Este artigo pretende demonstrar que não cabe ao Poder público o pagamento das verbas rescisórias não adimplidas pelas empregadoras, únicas responsáveis pelo adimplemento das verbas trabalhistas devidas em razão das demissões.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O encerramento do contrato de trabalho em razão da paralisação de certos setores da economia, como medida de contenção do avanço da pandemia, não atrai a aplicação do art. 486 da CLT, como alegado por algumas sociedades empresariais.

Esse dispositivo da legislação trabalhista, fundado no chamado “fato do príncipe” (*factum principis*), prevê o seguinte:

CLT, art. 486 No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

Discorrendo sobre o dispositivo, a doutrina¹³ ensina que a extinção do contrato pode ocorrer em virtude de *factum principis*, que é uma subespécie da força maior, decorrendo, como visto, da *paralisação temporária ou definitiva do trabalho em razão de ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade*.

12 Disponível em: <https://diariodorio.com/parme-demite-funcionarios-e-diz-que-governo-pagara-verbas-rescisorias/>. Acesso em 17 de outubro de 2020.

13 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: método, 2013, p. 991.

Luciano Martinez¹⁴ explica que, caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou de resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável. O autor ainda destaca que ato do Judiciário não é gerador da indenização aqui analisada.

Ainda segundo o autor, o fato do príncipe, previsto no art. 486 da CLT, já teve no passado histórico brasileiro alguns referenciais (geradores de incidência da norma), a exemplo: a) de medidas de racionamento de energia elétrica em grande parte do País, a partir de junho de 2001; b) à desapropriação de áreas que foram submersas nos processos de construção de barragens e de hidroelétricas; e c) à desapropriação promovida pelo INCRA para efeito de reforma agrária (*vide*, por exemplo, o processo TST-RR-631.067/2000.6)¹⁵.

Discorrendo sobre o tema, Luciano Martinez acrescenta:

Destaque-se que a pretensão do governo federal de proibir a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo e jogos em máquinas eletrônicas denominadas “caça-níqueis”, por meio da Medida Provisória n. 168/2004 (não convertida em lei), conquanto tenha gerado polêmicas quanto à possibilidade de aplicação da teoria do fato do príncipe, não se adequou ao modelo legal. **Afirma-se isso porque, consoante acima expendido, a assunção de responsabilidade pelo Poder Público pressupõe a geração de dano ao empregador por ato de conveniência ou oportunidade administrativa.** Quando a atuação da Administração Pública for repressiva ou corretiva de ilícito praticado pelo empregador, não poderá, obviamente, haver invocação de assunção de responsabilidade do Estado.

Nesse sentido, a seguinte decisão judicial fixou que:

BINGO — FECHAMENTO PELA MP 168/2004 — FACTUM PRINCIPIS NÃO CONFIGURADO — VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS PELO EMPREGADOR — **A caracterização do chamado fato do príncipe somente incide diante de ocorrência de circunstância imprevisível**, o que não se

¹⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva educação, 2020, p. 2.838.

¹⁵ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 2.839.

identifica na situação dos autos. Se o empresário resolveu constituir-se para exploração da atividade restrita dos jogos de azar na modalidade de bingo, permitida ou simplesmente tolerada a título precário pelo Estado, assumiu os riscos integrais pela revogação da autorização, a teor do art. 2º da CLT, **que endereça ao empregador os riscos da atividade econômica**. Assim, o fechamento da atividade, ainda que decorrente de ato do Executivo através da MP 168/2004, por ser previsível, não se enquadra no contexto de força maior e/ou factum principis. Afastada a circunstância, a empresa deve arcar com as verbas decorrentes da dispensa da empregada¹⁶.

E como se processaria esse incidente? O procedimento está basicamente contido nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 486 da CLT e assim orienta aquele que incorrer na situação, como ensina Luciano Martinez¹⁷:

I — Sempre que o empregador invocar em sua defesa a ocorrência de fato do príncipe, o Tribunal do Trabalho competente notificará a pessoa de direito público apontada como responsável pela paralisação do trabalho, para que, no prazo de trinta dias, alegue o que entender devido, passando a figurar no processo como chamada à autoria.

II — Sempre que a parte interessada, firmada em documento hábil, invocar defesa baseada na supracitada disposição e indicar qual o juiz competente, será ouvida a parte contrária, para, dentro de três dias, falar sobre essa alegação.

III — Verificada qual a autoridade responsável, o Juiz do Trabalho, ao contrário do que dispõe o § 3º do art. 486 da CLT, apreciará e julgará a causa. Afirma-se isso por conta da redação dada ao art. 114, I, da Constituição da República (conforme a EC n. 45/2004), que confere à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar todas “as ações oriundas da relação de trabalho”. Não recepcionado, portanto, restou o trecho do § 3º do art. 486 da CLT, que prevê a remessa dos autos ao juízo privativo da Fazenda Pública.

16 TRT 2ª R., RO 00912200403302856, 4ª T., Rel. Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros, DJSP, 9-5-2006.

17 MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 2.968.

Como se disse, o art. 486, *caput*, da CLT prevê que a autoridade que tomou a medida será responsável pela **indenização** resultante da extinção do contrato de trabalho. **Há controvérsia em relação ao montante devido e em se fixar quais são as parcelas a serem suportadas pelo Estado, pois a lei apenas fala em “indenização”, de modo genérico.**

Uma vertente minoritária¹⁸ considera que a autoridade competente é responsável pelo pagamento de todas as parcelas decorrentes da cessação do contrato de trabalho, isto é, pelo pagamento das verbas resilitórias (como as férias com o adicional do terço constitucional, 13º salário, indenização adicional sobre o FGTS e eventual saldo de salários).

Luciano Martinez¹⁹ filia-se à tal parcela minoritária da doutrina, defendendo que o pagamento ficará a cargo da Administração Pública responsável, nos autos da ação trabalhista, se o empregador invocar, com sucesso, a ocorrência de fato do príncipe. Caso contrário, o empregador assumirá o pagamento integral da dívida, pois qualquer causa de cessação das atividades desenvolvidas lhe é sempre atribuída, a princípio.

Para o autor²⁰, os créditos devidos pelo Estado em razão da dissolução do contrato de trabalho derivada do fato do príncipe são: saldo de salário, se houver; aviso prévio; férias proporcionais (art. 147 da CLT); 1/3 sobre férias proporcionais (art. 7º, XVII, da CF); 13º salário proporcional (art. 3º da Lei n. 4.090/62); liberação do FGTS (Lei n. 8.036/90); acréscimo de 40% sobre o FGTS (§ 2º do art. 18 da Lei n. 8.036/90). Terá direito às férias simples e/ou dobradas, se houver, porque há direito adquirido (art. 146 da CLT).

Por outro lado, a parcela dominante²¹ da doutrina defende que a responsabilidade da autoridade que extinguiu a empresa está limitada à indenização adicional de 40% (quarenta por cento) sobre o FGTS.

Sobre o tema, Henrique Correia²² afirma que o ente estatal deve ser responsável tão somente pelo pagamento das verbas trabalhistas provenientes da

18 NASCIMENTO, Amauri Mascaro *apud* CASSAR, Vólia Bonfim, *op. Cit.*, p. 991.

19 MARTINEZ, Luciano, *op. cit.*, p. 2.969.

20 MARTINEZ, Luciano, *op. cit.*, p. 2970.

21 CARRION, Valentin; DELGADO, Maurício Godinho; SAAD, Eduardo Gabriel *apud* CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. Cit.*, p. 991.

22 CORREIA, Henrique. Direito do trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU. Salvador: Juspodivm, 11 ed. rev. atual. e ampl., 2018, p. 1188.

ruptura do contrato (como o aviso-prévio²³ e a indenização adicional sobre o FGTS). As demais parcelas, provenientes da prestação de serviços, serão suportadas pelo empregador, sendo ele o responsável pelo pagamento das férias, de eventual saldo de salário, do décimo terceiro salário e dos depósitos de FGTS.

Portanto, após conceituar o fato do príncipe, previsto no art. 486 da CLT, como motivador da extinção do contrato de trabalho, cabe realçar que ele ocorre apenas quando a Administração Pública é **completamente** responsável pela paralisação empresarial.

Em seguida, impende destacar a posição da doutrina majoritária quanto às parcelas que poderiam ser suportadas pelo ente público (apenas as nitidamente rescisórias), caso diante de hipótese fática ensejadora da excepcionalíssima aplicação do art. 486 da CLT.

Maurício Godinho²⁴, adotando interpretação²⁵ extremamente restritiva do instituto do *factum principis*, entende que:

Ocorrendo, ainda, extinção contratual em virtude de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, por causa de *factum principis*, prevalecerá o pagamento da indenização, mas a cargo da respectiva pessoa jurídica de direito público e não do empregador (art. 486, caput, e seus parágrafos, CLT). A indenização referida corresponde àquelas antigas da CLT, por tempo de serviço (caput dos arts. 477 e 478) ou por tempo de serviço e estabilidade (arts. 492, 497 e 498, CLT). A este grupo, pode-se acrescentar a indenização pela ruptura antecipada dos contratos a termo (art. 479, CLT). **Esclareça-se que a leitura da regra jurídica desfavorável aqui examinada tem de ser estrita, jamais ampliativa, como pertinente à interpretação em todo o Direito do Trabalho.**

23 **Vólia Bomfim Cassar** (*op. cit.*) entende que, havendo fato do príncipe, não é devido o aviso-prévio, já que o empregador não tinha como prever o evento.

24 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

25 Também nesta direção, CARRION, Valentin *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 396: **“Pagamento de indenização, apenas: as demais verbas devidas não foram transferidas à responsabilidade estatal”** (grifos no original).

O autor complementa que **“a prática jurisprudencial raramente tem acolhido essa modalidade de ruptura do contrato, uma vez que considera as modificações e medidas legais e administrativas do Estado, que possam afetar a empresa, mesmo gravemente, como parte inerente do risco empresarial”**²⁶.

Em consequência, não configuram *factum principis* ocorrências como enormes desvalorizações cambiais, implementação de planos econômicos oficiais, falta de matéria-prima, mudanças governamentais nas regras relativas a preços, taxas, tarifas ou questões mercadológicas.

Seguindo essa linha de inteligência, **Maurício Godinho acrescenta não configurar *factum principis*, “de maneira geral, em princípio, o fechamento do estabelecimento por ato da autoridade administrativa sanitária, no exercício de sua atribuição fiscalizadora; menos ainda, o fechamento por decisão judicial (despejo, por exemplo)”**²⁷.

Nessa toada, a doutrina trabalhista²⁸ afirma, de modo categórico, que as crises financeiras não constituem hipótese de força maior.

Então, há que se ressaltar a incorreção nos argumentos e nas condutas das sociedades empresariais que pretendem transferir ao Estado os riscos de suas atividades econômicas. Importa salientar também que o chamado ***factum principis* é matéria de defesa, somente podendo ser reconhecido em Juízo.**

Ou seja, as sociedades empresariais demitiram os empregados “sem justa causa”, pois o suposto fato do príncipe só pode ser judicialmente reconhecido, se existente.

De todo modo, não se vislumbra a hipótese de ocorrência de fato do príncipe, contemplada no art. 486 da CLT, uma vez que as medidas adotadas pelo Poder Público não configuraram causa principal da suspensão parcial e temporária das atividades empresariais, mas sim a necessidade de isolamento social para a contenção do potencial lesivo do vírus SARS-COV2, em caráter de pandemia, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde.

Assim, o Poder Público não agiu em prejuízo de determinados agentes e setores, tendo **adotado** medidas de caráter amplo e geral, necessárias para evitar o caos social e sanitário.

26 DELGADO, Maurício Godinho, *op. Cit.*, p. 1292.

27 DELGADO, Maurício Godinho, *op. Cit.*, p. 1292.

28 MAGANO, Otávio Bueno *apud* CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. Cit.*, p. 992.

Além disso, a doutrina esclarece que somente se configura fato do príncipe quando diante de fato inevitável que impeça completamente a continuidade da atividade empresarial desenvolvida²⁹. E, como narrado na notícia exposta na introdução, a rede de restaurantes “Fogo de chão” continuou desenvolvendo as suas atividades empresariais, mediante o uso de sistema de entregas domiciliares (*delivery*).

Ademais, a conduta patronal voltada a fundamentar as dispensas com arrimo no fato do príncipe violou frontalmente o art. 29 da Lei 14.020/20.

Aqui, é preciso destacar que o equívoco das sociedades empresariais quanto à realização das dispensas com base no artigo 486 da CLT sobreleva após a entrada em vigor da Lei 14.020/20 (resultante da conversão em lei da Medida Provisória nº 936/2020), em que o legislador, com intento de pacificação das relações sociais, dispôs, expressamente, em seu art. 29:

Lei 14.020/20, Art. 29. Não se aplica o disposto no art. 486 da CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, na hipótese de paralisação ou suspensão de atividades empresariais determinada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

A referida Lei 14.020/20, bem como a Medida Provisória nº 936/20, vigente desde 01.04.2020, foram editadas com objetivos de preservar o emprego e a renda; garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública (artigo 2º da Lei nº 14.020/2020), prevendo alternativas à dispensa imotivada, a exemplo das seguintes:

a) A antecipação de férias individuais (artigo 3º, II da MP nº 927/2020)³⁰;

29 CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho** para os concursos de analista do TRT e MPU. Salvador: Juspodivm, 11 ed. rev. atual. e ampl., 2020, p. 1189.

30 A MP 927/20 não está mais em vigor, em razão do decurso do prazo máximo de vigência. Mas todas as medidas que ela previa poderiam ser aplicadas pelas empregadoras durante os meses em que esteve em vigor.

- b) A concessão de férias coletivas (artigo 3º, III da MP nº 927/2020);
- c) O aproveitamento e a antecipação de feriados (artigo 3º, IV da MP nº 927/2020);
- d) A redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, com a previsão de pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (artigo 2º, II da MP nº 936/2020 e art. 3º da Lei 14.020/20);
- e) A suspensão temporária do contrato de trabalho, com a previsão de pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (artigo 2º, III da MP nº 936/2020 e art. 3º da Lei 14.020/20).

As sociedades empresariais deveriam adotar, primeiro, as medidas alternativas disponíveis, instituídas pelo Estado, como a redução temporária da jornada e dos salários ou mesmo a suspensão temporária dos contratos de trabalho. A medida mais drástica, isto é, a dispensa dos empregados, poderia ser escolhida em última *ratio*, caso as medidas intermediárias se revelassem insuficientes para lidar com os problemas financeiros decorrentes da queda brusca no faturamento.

E mesmo assim, dispensados os empregados, em razão dos efeitos nocivos da pandemia, ao Estado não resta qualquer responsabilidade pelo pagamento das verbas rescisórias, porque não configurado fato do príncipe, nos termos do art. 29 da Lei 14.020/20. O pagamento das verbas decorrentes de rescisão do contrato de trabalho é de incumbência das sociedades empresariais empregadoras, com quem os empregados mantinham o vínculo laboral.

Por óbvio, não se pode deixar de reconhecer as consequências preocupantes que a pandemia de COVID-19 e o estado de calamidade pública geram ao faturamento das sociedades empresariais, com a redução considerável da demanda e interrupção abrupta do funcionamento presencial.

Contudo, diante do porte e renome das sociedades empresariais elencadas nas notícias – que contam, inclusive, com unidades em diversos estados da Federação –, soam inverossímeis as alegações de impossibilidade de manutenção dos postos de trabalho, sem ao menos terem utilizado previamente as medidas alternativas autorizadas nas Medidas Provisórias nº 927 e 936/20, bem como na Lei 14.020/20.

Como se sabe, os riscos da atividade empresarial pertencem aos empregadores, na forma do *caput* do artigo 2º da CLT, não podendo ser repassados ao Estado ou aos empregados.

Isso decorre da aplicação do **princípio da assunção dos riscos do empreendimento pelo empregador** (art. 2º, *caput*, da CLT; Súmula 44, TST) e da existência de clássica orientação legal nesse sentido (arts. 497 e 498, CLT)³¹.

A conjuntura narrada revela que as sociedades empresariais pretenderam se eximir da assunção dos riscos da atividade, transferindo-os integralmente aos empregados, mediante as suas imediatas dispensas sem justa causa, com o pagamento apenas parcial de suas verbas rescisórias.

Neste momento, um dos mais complexos já enfrentados pela humanidade, a realização das demissões, sem a mínima tentativa de manutenção dos postos de trabalho, mediante a prévia adoção das medidas legais disponíveis (que também se mostram sensíveis à necessidade de manutenção da própria atividade empresarial), somente pode ser entendida como abuso do poder diretivo, vedado pelos artigos 9º da CLT e 187 do Código Civil.

Desse modo, as sociedades empresariais deixaram de cumprir a constitucional função social que possuem, prevista no artigo 173, § 1º, I, da CF/88, bem como de atender ao princípio da solidariedade, insculpido no artigo 3º, I, da CF/88, que consiste em não se privatizar os ônus e se socializar apenas os ônus.

Assim, defende-se que as dispensas devem ser enquadradas pela justiça trabalhista como “dispensas sem justa causa”, não acarretando ao Poder Público a responsabilidade pelo pagamento de quaisquer verbas rescisórias, que são de total incumbência das sociedades empresariais responsáveis pelas demissões.

Insta salientar, por fim, que o MPT ingressou com ação perante a justiça trabalhista, pleiteando a reintegração de parcela dos empregados demitidos pela “Fogo de Chão”, sob o argumento de que as demissões resultaram de abuso do poder diretivo por parte da empregadora. O MPT logrou êxito em 1ª instância, tendo sido determinada pelo juízo a reintegração dos empregados demitidos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada obstante a severa crise sanitária que tem assolado todo o mundo, tendo no Brasil agora o seu agravamento, com drásticos efeitos econômicos, não podem as sociedades empresariais transferir todo os ônus aos seus empregados e ao Estado,

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 611.

demitindo os seus empregados e delegando ao poder público o dever de pagar as verbas rescisórias.

Em razão da aprovação da Lei 14.020/20 restou positivada a tese aqui defendida, no sentido da inaplicabilidade do fato do príncipe do art. 486 da CLT às demissões derivadas das medidas sanitárias adotadas pelo Poder Público no contexto da pandemia do vírus SARS-COV2.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 04 de abril 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, RO 00912200403302856, 4ª T., Rel. Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros, DJSP, 9-5-2006.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: método, 2013.

CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU**. Salvador: Juspodivm, 11 ed. rev. atual. e ampl., 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

Fogo de Chão demite 690 e manda a conta para Governadores pagarem. O Diário Do Rio. Disponível em: <https://diariodorio.com/fogo-de-chao-demite-690-e-manda-a-conta-para-governadores-pagarem/>. Acesso em 03 de abril de 2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

Parmê demite funcionários e diz que governo pagará verbas rescisórias. O Diário Do Rio. Disponível em: <https://diariodorio.com/parme-demite-funcionarios-e-diz-que-governo-pagara-verbas-rescisorias/>. Acesso em 03 de abril de 2021.

Aumento da violência doméstica contra o idoso durante a pandemia de covid-19 no Brasil

JESSICA DA SILVA DE CARVALHO:

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RESUMO: A violência contra o idoso é um tema que necessita ser amplamente discutido, pois as estatísticas de casos relacionados crescem cada vez mais. Segundo pesquisas do IBGE até 2050 o número de idosos irá aumentar significativamente, o que também demonstra um crescimento no número de casos de violência contra o idoso. A maioria dos governos estaduais e municipais brasileiros tem adotado o isolamento social como principal estratégia para reduzir a disseminação do patógeno COVID-19, o novo coronavírus (SARS-CoV-2). No entanto, esse isolamento social tem causado alguns efeitos negativos, incluindo o aumento da violência contra crianças, adolescentes e mulheres dentro da família. Com o intuito de criar uma legislação que defenda o idoso foi criado com o objetivo de ampliar o direito dos cidadãos com idade acima de 60 anos, instituindo penas severas para quem desrespeitar ou abandonar cidadãos de terceira idade. Com isto esta pesquisa tem o objetivo de realizar a eficácia do estatuto do idoso em meio a situação de violência. Será realizada uma pesquisa bibliográfica, de cunho descritivo, sendo utilizados livros, artigos publicados nas principais bases de dados tais como CONPEDI, FEPODI e UNIFOR assim como a legislação vigente e a doutrina relacionada, onde os resultados desta pesquisa serão analisados de forma qualitativa.

Palavras-chave: Idoso. Estatuto. Violência. Coronavírus.

ABSTRACT: Violence against the elderly is a topic that needs to be widely discussed, as the statistics of related cases are growing more and more. According to IBGE surveys until 2050, the number of elderly people will increase significantly, which also demonstrates an increase in the number of cases of violence against the elderly. Most Brazilian state and municipal governments have adopted social isolation as the main strategy to reduce the spread of the pathogen COVID-19, the new coronavirus (SARS-CoV-2). However, this social isolation has had some negative effects, including increased violence against children, adolescents and women within the family. In order to create legislation that defends the elderly, it was created with the objective of expanding the rights of citizens over the age of 60, instituting severe penalties for those who disrespect or abandon elderly people. With this, this research has the objective to realize the effectiveness of the statute of the elderly amidst the situation of violence. A descriptive bibliographic search will be carried out, using books, articles published in the main databases such as CONPEDI, FEPODI and UNIFOR as well as

the current legislation and related doctrine, where the results of this research will be analyzed qualitatively.

Keywords: Elderly. Status. Volatilit. Coronavirus.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2. O ENVELHECIMENTO E A VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO; 3. VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA IDOSA; 3.1. Fatores sobre a vulnerabilidade do idoso durante a pandemia; 4. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO IDOSO; 5. CONCLUSÃO. Referências.

INTRODUÇÃO

O referente estudo tratará sobre as situações de violência as quais os idoso e seu aumento durante a pandemia do coronavirus, como também as leis de proteção ao idoso, onde nos dias atuais com o aumento do número de idosos com possibilidade de atingir altas faixas etárias se torna uma temática muito importante, tendo em vista que diversas pesquisas apontam o crescimento da violência doméstica contra idosos.

A violência contra os idosos não se dá apenas por meios físicos, mais também por meios psicológicos, sexuais, abusos financeiros, abandono e negligências. Essas questões não se tratam de um fato novo, porém somente nas duas últimas décadas é que esses problemas começaram a ser mais abordado pela comunidade científica.

Quando se fala no idoso na grande maioria das vezes se pensa logo em benefícios obtidos com a chegada da idade, como por exemplo a gratuidade no transporte público, isenção na obrigatoriedade de votar e atendimento diferenciado em estabelecimentos públicos e privados, porém há questões mais relevantes tais como a responsabilidade social para com o idoso e a sua proteção.

Para isso há 15 anos foi estabelecido o Estatuto do Idoso através da Lei n. 10.741 de 1 de outubro de 2003, onde o mesmo possui o intuito de estabelecer e garantir os direitos dos idosos. O Estatuo prevê punições para os crimes cometidos contra idosos assim como a garantia de condições mínimas de tratamento com dignidade para os idosos.

Ocorre que com a pandemia do novo coronavírus (SARS- CoV-2) causador da COVID-19, o mundo tem vivenciado não somente uma crise sanitária, mas também uma crise econômica, política e ética sem precedentes. E o aumento desenfreado da violência em todos os aspectos, principalmente doméstico, os idosos isolados ficam a mercê de seus familiares, com isso, o aumento da violência contra os idosos é alarmante. Sendo assim, diferentes instituições da rede de proteção de crianças,

adolescentes e mulheres vêm denunciando um aumento expressivo do número de casos de violência familiar.

Com isto este estudo abordará a seguinte problemática: quais os motivos que levaram o aumento da violência contra o idoso? E se o estatuto do idoso é realmente eficaz.

Neste contexto está pesquisa possui o objetivo de avaliar a eficácia do Estatuto do Idoso no combate e prevenção das situações de violência, mais especificamente abordando e conhecendo casos de violência e os direitos atinentes à pessoa idosa, descrevendo os principais dispositivos e legislações concernentes à pessoa idosa e avaliando a efetivação de tais dispositivos no âmbito jurídico.

A escolha desse tema justifica-se pela sua grande importância social para a conscientização e divulgação dos direitos desses idosos, e por ser imprescindível a preservação e o respeito aos direitos dos idosos. Por se tratar de um tema relativamente novo, esta pesquisa também contribuirá para o meio acadêmico.

Para o desenvolvimento desta pesquisa será desenvolvida uma pesquisa bibliografia, através de livros, artigos científicos e legislação vigente.

1. O ENVELHECIMENTO E A VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO

A ótica na qual é avaliada o processo de envelhecimento tem evoluído com o passar do tempo, assim como dependendo das estruturas sociais, econômica e política, pois não há um conceito absoluto e cada vez mais há maiores entendimentos em relação ao conceito de velhice. (MIRANDA; MACEDO, 2017)

Nesse entendimento, muitas vezes há uma idealização de que o envelhecimento está relacionado com processo de perdas das propriedades físicas, corporais e até mentais, porém afirma-se que é na vigência do capitalismo que a questão do envelhecimento se destaca, pois o relaciona-se o tempo de vida do indivíduo está intimamente ligado ao tempo de trabalho do indivíduo (TEIXEIRA, 2006).

Dados afirma que a população mundial está envelhecendo em um ritmo muito rápido sem precedentes na história da humanidade, onde estima-se que a população mundial de idosos seja de 629 milhões de pessoas ainda crescendo em torno de 2% ao ano, onde em comparação com o restante da população refere-se a três vezes mais (BERZINS, 2003).

Conforme a Organização Mundial das Nações Unidas (ONU) se esse ritmo acelerado se manter em 2050, o número de pessoas idosas será maior do que a

quantidade de crianças abaixo dos 14 anos, saltando assim o número de idosos para 2 bilhões, ou seja, 2% da população mundial.

Segundo rege o art. 230 da Constituição Federal de 1988, é dever da família, do Estado e da sociedade zelar pelo idoso, amparando-o e assegurando a sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem-estar garantindo-lhes o direito à vida.

Dado isto exposto têm-se a importância da abordagem deste tema e o constante crescimento de estudos na área, para que se entenda os significados e necessidades dessa nova realidade populacional, mais especificamente para a vida dos idosos. Assim, também se nota que a mídia, nos estudos, nos debates, nos documentos oficiais e dentre outros para a temática do envelhecimento (MIRANDA; MACEDO, 2007).

2. VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA IDOSA

Do mesmo modo que vem crescendo a abordagem do envelhecimento populacional os relatos referentes a violência contra a pessoa idosa também crescem, acarretando o adoecimento físico, psicológico, nos casos em que não é levada a morte (BARCELOS & MADUREIRA, 2013).

A violência contra o idoso trata-se de um problema universal, independente da cultura, *status* social, condição econômica, etnia ou religião. Porém as questões culturais podem contribuir para que haja violência, principalmente no ambiente familiar, pois muitas vezes o idoso é visto como uma pessoa inútil e menosprezado (SILVA; DIAS, 2016).

O fator dependência do idoso, também pode contribuir para a situação de violência, seja ela, física, emocional ou financeira, no âmbito familiar, institucional ou social. A violência contra o idoso acontece de diferentes formas e por isso se torna mais difícil ainda a sua identificação (FLORÊNCIO; FILHA; SÁ, 2007).

Abordando de forma mais generalista a violência contra o idoso advém do conflito de interesses entre jovens e idosos, pois devido o fato de o idoso ser considerado um indivíduo improdutivo, dependente da família em vários aspectos (econômico, familiar e de saúde) e também obsoleto para a vida cultural (que não acompanha novas formas de atitude e visão do mundo), o torna excluído dos acontecimentos e desperta nos jovens o desejo inconsciente da sua morte. (MINAYO, 2003).

No que tange a números, são escassas as fontes de dados confiáveis, pelo fato de muitas vezes as agressões serem ocultadas pela família e os profissionais de saúde

não focalizarem o seu olhar clínico no intuito de detectar algum problema, assim como não há uma consciência coletiva de denúncia dos abusos e nem serviços destinados à recepção de tais denúncias. (FLORÊNCIO; FILHA; SÁ, 2007)

Em relação as denúncias, que também pode ser feita pelas idosos, pode-se relatar que os idosos na faixa etária de 60 a 75 anos, onde encontram-se idosos mais ativos física e intelectualmente, dispõe de autonomia e condições para buscar ajuda, porém há o caso dos idosos acima de 75, que na maioria das vezes já se encontram frágeis e requerem uma maior atenção (MINAYO; SOUZA, 2005).

Em um levantamento feito nas Delegacias de Proteção ao Idoso nas cidades de Belo Horizonte e São Paulo, foi constatado que os registros de queixas se dão por delito corporal, furtos, maus-tratos, injúria, extravios de documentos, mal-uso dos bens dos idosos pelos próprios familiares, perturbação da ordem, ameaças, abandono material e apropriação indébita (FONSECA; GONÇALES, 2003).

Muito se é negligenciado a violência que o idoso sofre dentro do lar, onde estima-se que 70% das lesões e dos traumas sofridos pelos idosos não aparecem dentro das estatísticas, onde o abuso financeiro é a mais frequente, onde São tentativas dos familiares de se apoderarem das fontes de renda do idoso, ou de seus bens e economias, ainda em vida. Os parentes mais próximos é que são os atores (filhos, conjugues, genros e noras), apossam-se da renda, da casa, dos outros bens, e não é raro acontecer de deixarem faltar subsídios para o próprio idoso (MINAYO E SOUZA, 2005).

2.1. Fatores sobre a vulnerabilidade do idoso durante a pandemia

De acordo com o portal da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, aumentou o número de denúncias e casos de violência doméstica contra idosos e outros grupos vulneráveis. Portanto, a violência contra os idosos parece ser um dos problemas sociais que se intensificou durante a pandemia do covid-19 (SANTOS, 2020).

A necessidade de restringir o ambiente da própria casa torna-a cada vez mais a disposição para à violência. Ficar longe da sociedade é uma das principais formas de eliminar a poluição do COVID -19 e reduzir a carga sobre o sistema de saúde. A Organização Mundial da Saúde (OMS) apontou que os idosos estão em maior risco para contrair o vírus por isso, deveriam/devem ser mantidos em isolamento social "severo" e receber maior atenção e cuidado ao serem mantidos em casa.

Ocorre que a violência contra o idoso ganhou uma proporção lastimável durante o isolamento social em combate a pandemia da coronavírus, segundo o G1 (2020) "o número de denúncias de violência e de maus tratos contra os idosos

creceu 59% no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus. Entre março e junho deste ano, foram 25.533 denúncias. No mesmo período de 2019, foram 16.039”.

Ou seja, os números são alarmantes, mais que o dobro de denúncias em comparação ao ano de 2019, já não bastava ter que lidar com um vírus mortal, a superlotação dos hospitais públicos, o poder público ainda teve que enfrentar das mais diversas violências espalhadas por todo o país, visto que o aumento de violência no Brasil foi uma “regra”, a violência contra a mulher aumento, a violência contra a criança aumentou, e também a violência contra o idoso, escancarando a vulnerabilidade que é as leis de proteção do nosso país.

É importante frisar e pontuar algumas vulnerabilidades que podem aumentar as dificuldades da pessoa idosa em situações como a do isolamento social. Ocorre que para Moraes (et al. 2020, p. 3) a violência doméstica contra o idoso é reflexo de “uma série de condições que englobam pontos macroestruturais, contextuais, além dos relacionados à saúde física, emocional e cognitiva dos idosos”. É importante ressaltar que a discriminação contra a pessoa idosa e a falta de uma política multidimensional, dinâmica e integrada de proteção ao idoso que, de fato, promova o envelhecimento digno e saudável (MORAES, et al. 2020, p. 3).

Todo a problemática enfrentada por essa categoria inclui também as precárias condições de vida que a maior parte dos idosos no Brasil tem que enfrentar por conta de ínfimas pensões e aposentadorias, que são insuficientes para suprir as necessidades essenciais (alimentos, medicações, vestuário etc.) à sua subsistência, principalmente quando tais recursos, muitas vezes, são a única fonte de renda da família circumspecta por pessoas que convivem no mesmo domicílio.

Os autores retratam que “as vulnerabilidades dos idosos somam-se entre social e econômica, contudo, isso não é tudo a terceira idade é objeto do isolamento e do abandono por parte de familiares, muitas vezes sem condições estruturais de acolher e cuidar do parente durante a velhice” (MORAES, et al. 2020, p. 3). Sem contar os idosos que residem em casas de acolhimento há muito tempo, onde muitas das vezes são instituições com condições precárias e não proporcionam uma qualidade de vida adequada e o envelhecimento saudável, e os riscos de transmissão de doenças infecciosas, tal como a COVID-19.

É importante frisar que boa parte da população idosa no país idosa possui uma ou mais doenças crônicas que não são transmissíveis, mas que vão se agravando com o decorrer da idade, sendo algumas delas: hipertensão arterial, diabetes, asma, doença pulmonar, cardiopatias, dentre outras. E isso afeta em diversas áreas da vida desse ser humano, que tem suas limitações, sendo alvo fácil para a violência, uma vez que não pode se defender.

Ocorre que o distanciamento social também provocou problemas de saúde mental que debilitaram ainda mais o bem-estar dos idosos, como a solidão, insônia, ansiedade, perda de apetite e depressão, deixando-os vulneráveis não somente fisicamente, mas também mentalmente.

Sendo assim, essas vulnerabilidades fazem parte de uma série de procedimentos e condições, que não só ameaçam os direitos dos idosos ao envelhecimento digno e à saúde, mas também apoiam e desencadeiam a ocorrência de incidentes violentos que precisam ser enfrentados.

A grande questão de debate recepcionado por esta pesquisa, é o que reflete por trás do aumento significativo da violência contra o idoso no ambiente familiar, e a percepção alcançada é que existe uma cultura estrutural, podemos dizer, que mundial, que menospreza e discrimina pessoas por conta da idade, que podem ser conhecidas em termos técnicos como etarismo, idadeísmo ou ageísmo, e no isolamento social, personalidades escondidas durante o convívio social afloram-se dentro de casa, sendo assim, analisou-se um aumento de atitudes discriminatórias e preconceituosas dirigidas às pessoas idosas pela grande necessidade de cuidados.

A grande verdade é que as pessoas não querem envelhecer e não sabem lidar com pessoas idosas. Observou-se que a falta de políticas públicas direcionadas aos idosos com intuito de facejar os impactos da pandemia a terceira idade, demonstrando o quanto reluz o abandono e a negligência que o Estado tem para com os idosos. Ocorre que a violência no Brasil é estrutural, sendo ela contra a mulher, idoso, dentro outros.

A crise econômica provocada pela pandemia e pelo Estado que estreitou o escopo das políticas sociais de apoio ao trabalhador desempregados, como também as pessoas autônomas que foram impedidas de trabalhar por conta do isolamento, reduzindo a maior parte da renda de muitas famílias, contribuindo assim para a extorsão das pessoas idosas em suas aposentadorias, e quando eram negados pelos mesmo, acabavam por sofrer outras violências, como física e psicológica (MORAES, et al. 2020, p. 3).

O 15 de junho foi declarado Dia Mundial de Conscientização da Violência contra a Pessoa Idosa pela Organização das Nações Unidas (ONU) e a Rede Internacional de Prevenção à Violência à Pessoa Idosa (GOVERNO, 2020).

Para marcar a data, a Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, lançou uma cartilha com orientações sobre como identificar e denunciar a violência praticados contra a pessoa idosa. Com o título "Violência contra a pessoa idosa: vamos falar sobre isso?", a cartilha ainda orienta sobre a prevenção a esse tipo de violência (GOVERNO, 2020).

É importante destacar, que a pessoa idosa é amparada pela famosa legislação chamada de estatuto do idoso, que apesar de possuir uma proposta de erradicação da violência, e proteção ao idoso, deixa a desejar em muitos aspectos.

3. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO IDOSO

Em 4 de janeiro de 1994, foi aprovada a Lei nº 8.852, estabelecendo normas para a proteção do idoso, conforme expressão em seu art. 1º “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação afetiva na sociedade.

Porém esta Lei é desrespeitada constantemente, bem como é bastante percebido a exclusão social contra os idosos. Essa Lei traz pontos positivos relacionados aos progressos direcionados às pessoas com mais de 60 anos de idade, fornecendo alternativas de assistência ao idoso, como: educação, previdência social, justiça, trabalho, habitação, cultura, dentre outros meios para sua proteção e melhoria nas condições de vida. Porém percebe-se que a Lei não traz ações mais severas para a obtenção da proteção do idoso e mediante a isto em 2003 esta Lei foi ajustada conforme as necessidades apresentadas, surgindo assim o Estatuto do Idoso (COSTA, 2018).

O Estatuto do Idoso conceitua que a partir dos 60 anos a pessoa é considerada idosa, e forma um guarda-chuva de garantias legais para a proteção do direito dos idosos, não só em relação a violência, mais também no tocante a garantias legais que permitem o idoso viver com dignidade diminuindo assim a necessidade de dependência de pessoas mais jovens (SILVA, 2014).

Há um capítulo inteiro no Estatuto do Idoso direcionado a crimes contra o idoso, elencados nos arts. 95 a 108, onde logo de início o art. 97 que trata de omissão de socorro ao idoso, punindo com detenção de (06), seis meses a (01) um ano, aquele que não prestar assistência ao idoso, quando poderia fazê-lo sem risco pessoal em situação de eminente perigo, incorrerá também neste crime, quem se recusar, retardar ou dificultar assistência á saúde do idoso sem justa causa ou ainda não pedir assistência de autoridade Pública (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

O art. 98, encontra-se o crime de abandono de idoso em hospitais, casa de Saúde, entidade de longa permanência ou congêneres. A pena é de detenção de 06 meses a 03 (três) anos. Esta pena também recai aquele que não prover as necessidades básicas do idoso, quando for obrigado por mandado (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

No art. 99, há o crime de exposição a perigo da integridade e da saúde física ou psíquica sob condição desumana ou degradante ou ainda, quando for compelido

a fazê-lo, priva-lo de cuidados indispensáveis a sobrevivência humana, bem como sujeitando – o a trabalho, exercício inadequado. O sujeito ativo deste crime é a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. Haverá qualificação desta infração se de seu resultado ocorrer de morte ou lesão corporal de natureza grave (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

No art. 102, observa-se uma modalidade bem específica de crime de apropriação indébita. Aqui se pune a conduta ao agente que se apropria ou desviar bens proventos, pensão ou qualquer outro rendimento de propriedade do idoso legando-lhe outras aplicações de sua finalidade. A pena fixada em reclusão de um a quatro anos e multa, foi imposta pelo legislador com vista a proteger o patrimônio do idoso representado ou benefício previdenciário. Destarte foi criado no art. 104, o crime de retenção de cartão magnético de conta bancária, concernente a benefícios, proventos, ou pensão do idoso, assim como quaisquer outros documentos com intuito de assegurar recebimentos ou ressarcimento de dívida, será punido com detenção de seis meses a dois anos e multa (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

Já aquele que coagir sob qualquer maneira, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração atentando contra sua liberdade individual, incidirá a pena de reclusão de 02(dois) a 05(cinco) anos como dispõe o art. 107 do Estatuto do Idoso (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

Pelo que se depreende do art. 108, segue alguns atos notórios que envolva a pessoa idosa desprovida de discernimento de seus atos, for lavrado sem a devida representação legal, sem a obrigatória interveniência de seu curador regularmente nomeado estará o agente sujeito a pena de reclusão de dois a quatro anos (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

Encontra respaldo no art. 96 do Estatuto do Idoso, a discriminação do idoso, punindo aquele que impedir ou dificultar o acesso do idoso à operação bancária, aos meios de transportes, ao direito de contratar, ou discriminá-lo por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, tendo como base a sua idade. Nesta situação, a pena será seis meses a um ano de reclusão (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

Do mesmo modo o indivíduo que exhibir ou veicular por qualquer meio de comunicação, televisão, jornal, revista, rádio, etc., informação ou imagem depreciativa ou injuriosa à pessoa do idoso incorrerá na pena de detenção de um a três anos e multa. No art. 100, estão listados várias condutas que dizem respeito ao idoso que podem vir a serem caracterizados como infração penal, são estes: Impedir o acesso de alguém, a qualquer cargo público, por motivo de idade; negar a alguém, emprego ou trabalho; recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar

assistência à saúde, sem justa causa a pessoa idosa: Ainda no art. 100, reserva-se atenção ao inciso V; recusar, retardar, ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, objeto desta Lei, quando requisitado pelo Ministério Público (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

Do ponto de vista da comunidade, é importante frisar e ampliar os equipamentos sociais das redes formais e informais de proteção ao idoso, como delegacias de idosos, parlamentos, associações, etc., bem como as redes informais de vizinhos. A ênfase está em estabelecer guardiões e outros na comunidade para determinar situações mais vulneráveis.

Ainda há que se reforçar a importância das ações de solidariedade e compartilhamento do cuidado ao idoso entre as pessoas que vivem no domicílio a fim de reduzir a sobrecarga dos cuidadores.

4. CONCLUSÃO

A pandemia de COVID-19, ocasionou a necessidade do distanciamento social necessários, ocorre que além de uma doença mortal para os idosos a pandemia trouxe diversos outros problemas, com consequências extremamente negativas para os indivíduos e para a vida em sociedade, dentre elas o aumento das violências praticadas no domicílio.

Na conjuntura da pandemia, ou mesmo antes dela, os idosos sempre foram um grupo que sofria com as suas vulnerabilidades, diversos eram os problemas enfrentados pela terceira idade desde a discriminação social ao envelhecimento e a insuficiência de políticas públicas de garantia de seus direitos ou em função da perda de poder aquisitivo das famílias no contexto de crise econômica desencadeada pela pandemia. Sucede que os idosos possuem uma maior dependência de terceiros para realizar atividades que para nos jovens é fácil, em questão de saúde diária, suas fragilidades com relação à saúde e bem-estar e o reduzido apoio social formal e informal decorrente ao isolamento social os idosos sentiram o impacto de forma cruel, visto que além de serem do grupo de risco, sofreram os mais diversos tipos de violência.

Com base no exposto, verificou-se que, a violência e os maus tratos contra os idosos é notório que seu aumento surge de acordo que a população de pessoas com mais idade em seu crescimento, e que para isso surgiram leis juntamente com suas devidas punições para os crimes cometidos.

Porém, pôde-se compreender que, embora haja leis visando a proteção aos idosos e que o Estado também possui consigo um papel primordial de garantidor destes direitos Acima de tudo, o que se precisa de fato é a conscientização dos

indivíduos no que se refere aos cuidados com os mais velhos, e caso venham a presenciar maus tratos contra os mesmos, denunciar tais atos.

O Brasil precisa de uma sociedade participativa, contribuindo para diminuição das desigualdades e discriminações sociais, proporcionando aos nossos idosos um bem-estar, haja vista que, os idosos hoje são a sabedoria, ensinamento e experiência do ontem, que se estende ao amanhã.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, E. M., E MADUREIRA, M. D. S. **Violência contra o idoso**. In F. Chaimowicz (Ed.), Saúde do idoso Belo Horizonte: UFMG, 2013

BERZINS, Marília Anselmo Viana da Silva. Envelhecimento populacional. **Serviço Social e Sociedade**, 75. São Paulo: Cortez, 2003.

BRASIL, Lei nº 8.852 de 4 de fevereiro de 1994. Dispõe sobre a aplicação dos arts. 37, incisos XI e XII, e 39, 1º da Constituição Federal e das outras providências. Brasília: Planalto, 1994.

COSTA, Deyvson Humberto da Silva. O direito à vida e a violência contra os idosos. Rev. Ensino Jurídico. N. 145, 2018.

ESTATUTO DO IDOSO. Dispositivos Constitucionais Pertinentes. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Brasília: Senado Federal, 2003

FONSECA, M.M., GONÇALVES, H.S. Violência contra o idoso: suportes legais para intervenção. Rev. Interação em Psicologia. v. 2, p. 121-128, 2003.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: O avesso do respeito à experiência e à sabedoria. Disponível em: <http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/livros/18.pdf>. Acesso em mar. de 2021.

MIRANDA, Simone de Jesus. MACÊDO, Lívia Tâmara Alves de. **Violência contra o idoso: questão social a ser discutida**. Anais: III Jornada Internacional de Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão. Maranhão, 2017.

SILVA, Izequiel Marcelino da. Estatuto do Idoso. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Assis, 2014.

SILVA, Cirlene Francisca Sales. DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Violência contra idosos em família: motivações, sentimentos e necessidades do agressor. Ver Psicologia: Ciência e Profissão. v. 36, n. 3, p. 637-652.

TEIXEIRA, Solange Maria. **Envelhecimento do trabalhador no tempo do capital.** São Luís, 2006. Tese (Doutorado em Políticas Públicas), Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2006.

MORAES, Claudia Leite de; MARQUES, Emanuele Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto; SOUZA, Edinilsa Ramos de. Violência contra idosos durante a pandemia de Covid-19 no Brasil: contribuições para seu enfrentamento. ARTIGO, 2020.

ADOÇÃO: DIREITOS RESGUARDADOS DO INFANTE

SARA SANTOS DA SILVA: Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: A promulgação da Constituição Federal de 1988 implicou em mudanças profundas no instituto da adoção, no país. Ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro, a configuração legal do instituto estava conectada a valores do direito canônico e, depois, do pensamento liberal. Dessa forma, primeiro, estavam presentes os valores relacionados à família como unidade social cuja função principal era a reprodução biológica, de forma que a legislação era parca e muito restritiva; depois, a família, no que diz respeito aos aspectos legislativo, tinha a função principal de manter os bens materiais, e a filiação por adoção sofria grandes limitações para preservar esse fim, de forma que, por exemplo, o filho adotado não participava da sucessão, em caso de haver filhos biológicos supervenientes. A Constituição Federal de 1988 vedou qualquer discriminação entre filhos; em relação à criança e ao adolescente, instituiu a doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente. O instituto da adoção passou a ser uma forma de proteção de direitos e garantias do adotando, e não mais uma possibilidade para os adotantes suprirem a ausência de filhos biológicos. O trabalho examina a legislação sobre o instituto e os valores a ela relacionados.

PALAVRAS-CHAVE: Criança. Adolescente. Adoção. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

ABSTRACT: The promulgation of the 1988 Federal Constitution implied profound changes in the adoption institute in the country. Throughout the history of the Brazilian legal system, the legal configuration of the institute was connected to values of canon law and, later, of liberal thought. Thus, first, the values related to the family were present as a social unit whose main function was biological reproduction, so that the legislation was sparse and very restrictive; afterwards, the family, with regard to the legislative aspects, had the main function of maintaining material goods, and the adoption affiliation suffered great limitations to preserve this purpose, so that, for example, the adopted son did not participate in the succession, in case of supervient biological children. The 1988 Federal Constitution prohibited any discrimination between children; in relation to children and adolescents, it instituted the doctrine of integral protection and the best interest of children and adolescents. The adoption institute has become a way of protecting the rights and guarantees of the adoptee, and no longer a possibility for adopters to make up for the absence of biological children. The paper examines the legislation on the institute and the related values.

KEYWORDS: Child. Teenager. Adoption. Statute for Children and Adolescents (ECA).

INTRODUÇÃO

Em 2017, foi sancionada pelo então presidente uma Lei que complementa o desenvolvimento que vem se verificando, no ordenamento jurídico brasileiro, do instituto da adoção: a Lei 13.509 consolidou, ainda mais, o novo paradigma prevalente no ordenamento jurídico atual, do país, diminuindo as diferenças entre os direitos trabalhistas entre pais biológicos e pais adotivos, e com medidas que visam à simplificação dos processos de adoção. (AGÊNCIA BRASIL)

Aos poucos, desaparecem da legislação brasileira os resquícios das influências do catolicismo e do liberalismo econômico na normativa sobre o tema, de forma que as disposições sobre o direito de família não versam mais.

O processo se iniciara com mitigações das exigências para a adoção e a mitigação da diferenciação entre filhos biológicos e adotivos, mas apenas a promulgação da Constituição Federal de 1988 elevou ao *status* de norma constitucional a vedação da discriminação entre os filhos, tanto entre si, como para fins de tratamento legal em geral (BRAUNER, ALDROVANDI, 2010).

O processo, contudo, não foi, e nem está encerrado, como mostra a própria Lei promulgada em 2017, supracitada. Se a Carta Maior determina que a dignidade humana é um dos fundamentos da República brasileira, veda o tratamento desigual entre as pessoas – em especial, entre a prole –, e aumenta o número de núcleos familiares a serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico – em rol exemplificativo, de acordo com Brauner e Aldrovandi (2010) –, há ainda mais o que ser feito para que essas determinações sejam completamente cumpridas e tenham total efetividade.

No que concerne a crianças e adolescentes, a urgência que sempre deve ser constatada para o cumprimento das normas fundantes do país deve receber maior primazia, ainda: A própria Constituição Federal reconhece que as condições fáticas em que encontram os menores de 18 anos, a peculiar condição de seres em desenvolvimento, requer ainda mais celeridade para observância de direitos e garantias.

Atualmente, sujeitos de direitos, crianças e adolescentes não são, mais, o “objeto de direito” das relações jurídicas que os envolvem Souza (2017): são, eles próprios, titulares de direitos e garantias (idem, ibidem). Quando se trata de adoção, esses novos paradigmas têm efeitos ainda mais extremos – e, se não tem, presentemente, é obrigação do operador do direito, qualquer seja seu âmbito de atuação, cuidar para que tenha.

Nesse sentido, a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, detalhando a aplicação dos princípios e direitos mais gerais relativos à infância e à adolescência previstos pela Constituição Federal, também é de suma relevância para um exame acurado do tema.

Este trabalho aborda os principais aspectos do instituto da adoção, no ordenamento jurídico atual brasileiro, identificando as principais características do novo paradigma sobre a família, em geral, e sobre a adoção, em particular, e examinando a legislação infraconstitucional que aplica esse novo entendimento à realidade brasileira.

Para tanto, o trabalho identifica a legislação sobre crianças e adolescentes e sobre adoção, no ordenamento jurídico brasileiro atual, bem como demais disposições legais relevantes ao tema; e examina essa legislação tendo como parâmetro a Carta Maior do país.

Mesmo após 1988, foram diversos os diplomas legais que modificaram o ordenamento jurídico aplicável ao instituto, bem como da legislação referente a outros temas, mas que se aplicam, ainda que parcialmente, aos processos de adoção – como é o caso do Código Civil vigente, promulgado em 2002.

1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O INSTITUTO DA ADOÇÃO

1.1 A adoção no ordenamento jurídico brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988

Brauner e Aldrovandi (2010) expõem o desenvolvimento da legislação brasileira sobre a adoção desde a época do Brasil colônia até a Lei XX, pontuando as características de cada um dos diplomas legais que o relacionavam ao paradigma anterior sobre o instituto.

A primeira legislação aplicada em território brasileiro sobre a adoção estava nas Ordenações do Reino, em que se determinava a idade mínima de 50 anos para o adotante. Em seguida, vieram as Ordenações Filipinas, que pouco traziam sobre a adoção – à qual se referia como “confirmação de perfilhamento”, embora essa previsão não coincida, completamente, com o instituto atual da adoção. (p. 10)

As autoras explicam que a parca normatização da adoção se devia, principalmente, ao substrato do direito canônico da legislação da época, que determina que o casamento e a família têm o único propósito de perpetração biológica. Nesse modelo, a inclusão da prole que não tenha conexões biológicas com os ascendentes não se coadunaria com a doutrina religiosa sobre o tema. (2010, p. 10)

Nem mesmo a laicização do Estado que decorreu da Proclamação da República foi suficiente para romper, conforme Brauner e Aldrovandi (2010, p.08), de vez, com esse paradigma, uma vez que apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 deixou de haver, efetivamente, a possibilidade de discriminação, para quaisquer efeitos legais, entre os tipos de filhos.

Ainda que suaves as transformações trazidas pela Proclamação da República, às questões relativas à filiação por adoção, esse evento propiciou maior separação entre Igreja (Católica, no caso do Brasil) e Estado, ao menos oficialmente, de forma que os valores não deviam, mais, tornar-se conteúdo de normas jurídicas. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 08)

Em 1916, foi promulgado o Código Civil que vigeu até a substituição pela Lei 10.406, de 2002, o Código Civil ora vigente. A “ressignificação das relações familiares” (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 08) trazidas pelo antigo Código, porém, ainda não se assemelhavam com aquelas que vigoram, atualmente: desenvolvido em um contexto de ascensão da classe burguesa ao poder, e desde um ideal liberal de política, economia e sociedade, o Código versava, quase que exclusivamente, sobre os aspectos patrimoniais das relações familiares. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 08)

Se o Código não considerava, tão profundamente, o aspecto religioso de classificação do conceito de família e da sua função na sociedade, fazia-o em relação aos aspectos de transmissão de bens e da propriedade que se dava pela família.

A adoção era prevista no artigo 368, e se mantinha a idade mínima de 50 anos para o adotante – que devia, também, não ter nenhum descendente “legítimo ou legitimado” para adotar (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 10), de forma que os recursos materiais tendiam a pertencer na mesma unidade familiar biológica e reconhecida pelo ordenamento jurídico. Outro requisito era a idade mínima de 18 anos de diferença de idade entre adotante e adotado.

Como ressaltam as autoras, nota-se que o instituto, por todas essas características, ainda guardava como função primordial suprir a falta de herdeiros e sucessores de uma mesma família biológica (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 10), de forma que o instituto da adoção tinha como viés mais importante o do adotante, do que o do adotando.

Em 1957, a promulgação da Lei 3.133 trouxe “importantes inovações” (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 10) ao instituto da adoção, fomentando seu desenvolvimento na legislação brasileira para se aproximar do modelo, hoje, adotado: a idade mínima para adotar passou a ser de 30 anos, em vez dos 50 determinados pela legislação anterior; também diminuiu a diferença de idade

necessária, entre adotante e adotando, que passou a ser de 16 anos, em contraposição aos 18 anteriormente exigidos; e os pais que já tivessem filhos biológicos passaram a ter a possibilidade de ter filhos, também, por adoção; e a exigência da anuência do adotando maior de idade, ou de seus representantes legais, para a realização da adoção. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 10)

Contudo, essa legislação ainda não trazia pontos importantíssimos ao instituto da adoção, já que o vínculo formado era passível de dissolução, e, mais importante, o direito sucessório fora parcamente modificado: os filhos adotivos só sucediam os adotantes na inexistência de filhos legítimos, de filhos legitimados e de filhos reconhecidos. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 10)

Em 1965, outro diploma legal (Lei nº 4.655) trouxe novas importantes previsões para a adoção, com a figura da “legitimação adotiva” que poderia ser utilizada nos casos de crianças abandonadas pelos pais biológicos, com até sete anos de idade. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p.11)

Inobstante o avanço dessa nova legislação sobre a impossibilidade de dissolução do vínculo formado por essa forma de adoção, e sobre a conseqüente inexistência de vínculos em relação à família biológica do adotado, permanecia a discriminação entre os tipos de filhos no direito sucessório, se à adoção sobreviesse um filho biológico. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 11)

A Lei nº 6.697/1979, denominada Código de Menores, regeu as relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes, no país, até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse Código adotava um paradigma de tratamento legal à infância e à adolescência completamente do que o instituído pelo ECA, este, sim, devidamente adequado à presente normativo constitucional.

O Código de Menores previa a adoção plena, que substituiu a legitimação adotiva prevista na Lei de 1965, aplicando-se às crianças com menos de sete anos. Nos demais casos, aplicava-se a adoção simples, prevista pelo Código Civil de 1916, que não fora revogada nem por aquela Lei, nem pelo Código de Menores, e “que podia ser realizada por escritura pública, e gerava efeitos mais restritos no tocante ao vínculo estabelecido entre adotante e adotado”. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 11)

Em relação às modificações sobre a adoção determinadas pelas Constituições Federais, a Constituição da Promulgação da República foi o marco de mudanças significativas, até a promulgação da Carta ora vigente. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 08)

1.2 O novo paradigma para a legislação sobre a infância e a adolescência: a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente

A Carta de 1988 “consagrou a proteção à criança e o adolescente com a Doutrina da Proteção Integral fundada no Princípio da Prioridade Absoluta” (p.11), e essa consagração é fruto da adoção de um paradigma absolutamente diverso do antes adotado sobre o tema.

Crianças e adolescentes, a partir de então, são incluídos como “sujeitos de direito”, no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional; como tais, são titulares dos direitos humanos concernentes a toda e qualquer pessoa humana, além de fazerem jus à expressão específica desses direitos à sua condição peculiar de seres em desenvolvimento. (SOUZA, 2016).

HIRONAKA (2007, p. 15) assim sumariza a produção científica de outras áreas do conhecimento sobre a infância e a adolescência:

Os psicanalistas, na investigação e interpretação da vida mental, revelaram no adulto a influência de sua infância; na criança, a influência de sua primeira infância; no bebê, a influência dos pais e, finalmente, revelaram que estas influências passam consciente e inconscientemente de geração em geração. Temos um passado de relacionamentos que se somam no presente da vida, moldando nossa forma de interpretar o mundo. Neste contexto, destaca-se o chamado abandono afetivo, condição em que um dos pais deixa de ter o filho em convivência, não lhe prestando os devidos cuidados, e negando-lhe o afeto e o carinho. O abandono afetivo, certamente, viola a integridade da criança e do adolescente e causa prejuízos a sua personalidade.

Em reconhecimento às necessidades específicas derivadas dessa condição, é que o legislador institui um tratamento diferenciado aos menores de 18, ainda que busque, com essa discriminação, o tratamento isonômico.

Como explica (SOUZA, 2016), o grupo mais abrangente de direitos humanos homogêneos, previstos para todos, abrangem um subgrupo de direitos humanos heterogêneos, que adequam os direitos homogêneos para as necessidades específicas de grupos específicos da sociedade. No caso de crianças e adolescentes, as especificidades estão conectadas à condição de seres em desenvolvimento, que significa maior vulnerabilidade a diversos aspectos da vida. (SOUZA, 2016)

Por isso, Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente se integram, para que os direitos nela previstos possam ser efetivados para a parcela específica da população sobre a qual versa aquele:

O artigo 18 do Estatuto da Criança e do adolescente regulamenta especificamente o disposto no artigo 227 da Constituição Federal ao afirmar ser dever de todos velar pela *dignidade das crianças, pondo-as a salvo de quaisquer tratamentos desumano, violento, aterrorizante ou constrangedor*. Dessa forma não é exagero dizer que o legislador situou neste artigo 18 do referido Estatuto da Criança e do adolescente o ponto crucial da doutrina da proteção integral, que implicitamente é elevado à condição de princípio da proteção integral da criança e do adolescente, cujo fundamento está precisamente numa dignidade inerente que as pessoas em desenvolvimento partilham com as demais pessoas humanas, entretanto, com prioridade absoluta. (SOUZA, 2017)

Portanto, crianças e adolescentes são, hoje, sujeitos de direitos para igual proteção à condição de cidadãos (artigo 1º, I, CF/88), à sua dignidade (artigo 1º, III, CF/88), bem como aos direitos e garantias previstos pelo artigo 5º e incisos da Carta, da mesma forma em que esta proteção existe para os cidadãos maiores de 18 anos.

A mesma Carta, entretanto, traz as previsões específicas sobre a infância e a adolescência que tutelam, também, direitos e garantias fundamentais, mas na forma em que se aplicam a essa parcela específica da população.

O artigo 227, *caput* e incisos, da Constituição Federal de 1988, versa sobre a criança e ao adolescente, de forma expressa, mas as disposições sobre a família, que integram o mesmo Capítulo daquele artigo, estão intrinsecamente relacionadas aos direitos de crianças e adolescentes.

Como explicam BRAUNER e ALDROVANDI (2010, p. 08), as modificações nos princípios que se aplicam as entidades familiares foi profunda, na Carta de 1988, em relação ao paradigma que vigia:

As Constituições Federais subsequentes (*à Constituição da Promulgação da República*) em quase nada contribuíram para a modificação da concepção da família, pois mantiveram a proteção exclusiva à família matrimonializada e hierarquizada, classificada como família "legítima", na qual os filhos "legítimos" eram gerados. Somente com a Constituição Federal

de 1988, é que a concepção da família experimentou profunda alteração. Com a Constituição de 1988, um novo modelo familiar foi inaugurado, baseado em princípios como a Dignidade da Pessoa, a Igualdade e a Liberdade, a Lei Magna reconheceu a pluralidade de entidades familiares.

Assim, o princípio da igualdade, garantido a toda pessoa humana no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, está previsto, de forma específica, no parágrafo 6º do artigo 227, que proíbe a diferenciação entre filhos biológicos e filhos adotados. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 09)

O princípio da dignidade humana, que a Constituição Federal determina ser um dos fundamentos da República brasileira, está aplicado pela própria Carta, de forma específica, às crianças e aos adolescentes pelo seu reconhecimento como sujeitos de direitos, e pela adoção da doutrina da Proteção Integral e do Princípio do melhor interesse. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 09)

A doutrina da Proteção integral tem efeitos não apenas sobre a atuação estatal, mas da própria família e da sociedade, em relação à infância e à adolescência:

O dever é solidário e a referência, primeiramente à família, remete ao significado de que é a primeira esfera de atenção que a criança e o adolescente têm. Os direitos assegurados podem ser requisitados, diante do não atendimento, por qualquer criança ou adolescente, sem distinção. São portadores de uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, exatamente por isso, precisam ter garantida a sua dignidade e os direitos previstos em lei. Tanto aos direitos que condicionam a sua sobrevivência, quanto aos que proporcionam o seu desenvolvimento pessoal e social e nos casos em que é imprescindível a sua proteção especial. (SOUZA, 2016)

Efetivamente, outro princípio que passa a ter uma relevância ainda maior, para tornar-se protagonista de uma série de relações jurídicas, é o princípio da solidariedade, sendo que o âmbito da família é um deles.

Alçada a “base da sociedade” (artigo 226, *caput*, CF/88), a família, já entendida em seu conceito ampliado que acolhe as mais diversas composições, para além da tradicional família constituída pelos genitores casados e sua prole, tem “proteção especial do Estado”.

Pois, é nesse primeiro nível de existência coletiva que o princípio da solidariedade como forma de proteção da dignidade humana pode ser expresso e efetivado, para os seus componentes:

Primordial é o princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*, consubstanciado no inciso III do artigo 1º, basilar da despatrimonialização do conceito de família, agora entidade familiar, comunidade de entreatjada e afeto, onde seus membros estão envolvidos por um laço muito mais psicológico, de busca do prazer e da felicidade.

O eixo, então, passa a centrar-se na pessoa humana, condição *sine qua non* de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Dispõe o artigo 5º, I, sobre o princípio da isonomia entre homens e mulheres, que deve ser entendida muito mais como igualdade material do que formal. (ALVES, 2008)

Em relação à adoção, os princípios da proteção à dignidade humana, da igualdade e da solidariedade se combinam para fundamentar a vedação ao tratamento diferenciado entre os filhos: o tratamento desigual implica em violação à dignidade do desfavorecido (e, não apenas, em termos patrimoniais); o princípio da solidariedade implica na necessidade de se tratarem, de forma igualitária, todos os filhos; e a solidariedade resulta no respeito à dignidade, do solidarizado e daquele que se solidariza.

É nesse sentido, também, que se deixa de entender que a filiação civil é um fato biológico, que a qualificação legal somente aceita e reproduz para fins de definição interna ao seu sistema, para afirmar que a filiação é um conceito originalmente do mundo humano, que pode considerar aspectos biológicos, mas não se funda neles para definição de sua essência – ou, nas palavras de BRAUNER e ALDROVANDI, consiste em “um ato de amor juridicamente protegido.” (2010, p. 09)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em congruência com o que foi acima exposto, detalhou ainda mais o respeito aos princípios e direitos instituídos pela Carta na proteção da infância e da adolescência, em relação à adoção:

O referido Estatuto regulamenta a adoção, que agora é aplicada a todos os menores de 18 anos em qualquer situação, sem levar em conta a sua situação irregular, como previa o revogado Código de Menores. Não existem mais espécies de adoção com efeitos limitados, hoje a adoção é única, é

irrevogável e estabelece o vínculo de filiação entre adotado e adotante(s), extinguindo os vínculos do adotado com a família biológica (salvo para impedimentos matrimoniais). O filho adotivo é integrado a nova família com os mesmos direitos que são garantidos a qualquer outro filho, de qualquer origem. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 12)

O Estatuto garantiu, assim, ainda que com limitações, a aplicabilidade dos princípios constitucionais nos processos de adoção de crianças e adolescentes, o que foi especialmente relevante no período que antecedeu a promulgação do Código Civil de 2002.

Isso porque o Código Civil ora vigente já veio modificado, em diversos aspectos, para atender à normativa da Constituição Federal de 1988. Antes dele, porém, não houvesse a legislação especial derogado as disposições do Código Civil de 1916, a garantia desses direitos seria bastante dificultada.

Inobstante o trabalho realizado para que se operasse a primazia dos preceitos constitucionais em qualquer caso, qualquer fosse a legislação aplicável, mesmo no processo denominado constitucionalização do direito civil, poderia restar ineficiente para a proteção de tais preceitos, na ausência do Estatuto:

Nos quase vinte anos que já se passaram desde a promulgação da Constituição da República, uma verdadeira reviravolta ocorreu no âmbito do direito civil. Na atualidade, poucos civilistas negam eficácia normativa ao texto constitucional ou deixam de reconhecer seu impacto sobre a regulação das relações privadas. Estudos de teoria geral do direito acerca da aplicação dos princípios constitucionais e da metodologia de sua ponderação foram determinantes para afastar definitivamente a cristalizada concepção da Constituição como mera carta política, endereçada exclusivamente ao legislador. (MORAES, p. 223)

2 A ADOÇÃO NO BRASIL ATUAL: LEGISLAÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça criou, em 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, com o objetivo de tornar mais fácil a aproximação entre adotantes e adotandos, no país, além de todos os direitos já mencionados, de crianças e adolescentes, que convergem para determinar a ação prioritária e rápida do Poder Público em lhes possibilitar encontrar uma família, em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº45, que incluiu a celeridade entre os direitos dos jurisdicionados, para processos administrativos e judiciais.

As tentativas em garantir que o adotando tivesse, efetivamente, uma boa família, e mesmo a pressão em garantir outros direitos a crianças e adolescentes – como a destituição do poder familiar ser uma medida extrema, a ser tomada, apenas, em casos excepcionais –, podiam resultar em procedimentos por demais complicados e que se estendiam no tempo, muitas vezes sendo considerado um desatendimento às determinações para buscar o melhor interesse dos adotandos.

O número de pessoas dispostas a adotar é maior do que o de crianças e adolescentes formalmente passíveis de serem adotados; isso não impedia que muitos ficassem abrigados, ou em lares temporários, por bastante tempo, o que lhes é prejudicial. Quanto mais jovem o adotando, maior representatividade tem o lapso de tempo em seu desenvolvimento – psíquico, emocional e de aprendizado –, dada a velocidade com que esses processos ocorrem em pessoas mais novas. O impacto da demora, assim, é bem maior para crianças e adolescentes, do que para adultos.

Em relação à perda do poder familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente inovou no ordenamento jurídico brasileiro, determinando, no artigo 23, que a falta de recursos materiais não pode motivar a perda do poder familiar.

Combinam-se, portanto, disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e disposições do Código Civil (Lei 10.406/02) para normatização da adoção, hoje, no Brasil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente versa sobre o assunto na Subseção IV do Capítulo III, que compreende os artigos 39 a 52-D – além de aplicarem-se todas as disposições gerais sobre os direitos de crianças e adolescentes trazidas pelo ECA, especialmente nos Títulos I e II.

Grande parte das disposições do Estatuto, porém, tem a redação conferida pela chamada Lei da Adoção, que, conforme escrevem BRAUNER e ALDROVANDI (2010, p. 13):

Até 2009, a adoção era regulada, também, pelo Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 1.618 ao 1.629. Quase todos os dispositivos sobre a adoção foram revogados pela “Lei Nacional da Adoção”, que também modificou o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, que foi elaborada com o objetivo de desburocratizar o processo de adoção e trazer às crianças e adolescentes adotados tanto por brasileiros, quanto por estrangeiros, mais segurança e fiscalização no trâmite processual.

Dentre as modificações instituídas pela Lei, ao Estatuto, estão a diminuição da idade mínima para adotar de 21 anos para 18 anos, adaptando-o para também considerar a idade para maioridade civil instituída pelo Código Civil de 2002. Também, desde então, é possível que companheiros e ex-cônjuges adotem, se pacíficas, entre eles, questões como a guarda (BRAUNER e ALDROVANDI (2010, ps. 13-14).

Entretanto, ainda valem as disposições do Código Civil de 2002 sobre o poder familiar e suas formas de extinção – o primeiro requisito para que uma criança ou adolescente possa ser adotado, já que, enquanto perdurar o poder familiar da família biológica, não é possível iniciar esse processo.

A destituição do poder familiar está prevista nos artigos 1.635 e 1.638 do Código Civil vigente, e, como determina o Estatuto, deve ocorrer, apenas, em casos excepcionais e atendendo ao melhor interesse da criança ou adolescente (artigo 19, ECA):

A aplicação da destituição do poder familiar gera efeitos graves tanto na vida do filho quanto na vida dos pais, isto porque com a aplicação da medida, os pais perderão a autoridade e prerrogativas que tinham em relação aos filhos, havendo dessa forma a extinção do vínculo afetivo existente entre eles, por isso é que só poderemos ter a aplicação da destituição nos casos previstos em lei, e quando houver o melhor interesse da criança e adolescente. (TOMIZAWA, MOREIRA, p. 11)

Ainda que haja dissenso na doutrina sobre a natureza jurídica da destituição do pátrio poder, havendo aqueles que entendem que se trata de uma sanção (TOMIZAWA, MOREIRA, ps. 13-16), desde a Constituição Federal de 1988, e desde as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, instituiu-se o princípio do melhor atendimento ao interesse da criança e do adolescente como diretiva de quaisquer contendas que as envolvam, ou aos seus interesses.

Considerando se esse aspecto, e que há dispositivos legais no Estatuto da Criança e do Adolescente que preveem, expressamente, esse princípio, o que deve ser o parâmetro principal na decisão de destituição do poder familiar deve ser o melhor interesse da criança ou adolescente envolvido, e não a sanção ao(s) genitor (es), no sentido de uma medida que objetiva, antes de tudo, a punição por uma conduta.

Como escrevem TOMIZAWA e MOREIRA, o complexo de direitos e deveres que compõem o poder familiar existe em favor daquele que demanda a criação e educação, ou seja, o infante ou adolescente. No mesmo sentido em que existe para

esses sujeitos, portanto, deve apenas ser extinto buscando a proteção dos mesmos direitos e interesses:

E é com a medida de destituição do poder familiar, que o Estado poderá excluir aquele pai do exercício do poder familiar, permitindo então que a criança/adolescente seja poupada, garantindo assim os seus direitos salvaguardados.

Dessa forma, o Ministério Público ou outro interessado diante de uma situação de risco da criança/adolescente, poderá ajuizar a referida ação, e cumprido todo o procedimento, constatando então o melhor interesse da criança e do adolescente, o juiz por meio da sentença vai excluir aquele pai ou a mãe ou até ambos os pais do exercício, não se podendo de regra requerer a retomada do exercício do poder familiar. (p. 18)

Uma vez extinto o poder familiar dos pais biológicos, é necessário que a guarda da criança ou adolescente passe a ser de outrem, de forma que o poder de fato sobre a criança ou adolescente esteja regularizada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já os aspectos da guarda da criança e do adolescente são muitos, como explica CAMERINO (2010):

Guarda: é a obrigação de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, além de assegurar direitos previdenciários. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. Convém ressaltar que, embora não possam adotar, irmãos e avós podem obter a guarda de irmãos e netos, respectivamente. A guarda dos filhos menores é atributo do poder familiar.

Caso não seja possível a colocação em família substituta, logo após a destituição do poder familiar ou logo que a criança ou adolescente deixe de conviver com a família natural, a criança ou adolescente deve ser colocado em instituição de acolhimento institucional, conforme a definição do inciso IV do artigo 90; e artigo 101, parágrafo 3º, do Estatuto.

A criança ou adolescente é incluso, assim, no Cadastro Nacional de Adoção, de forma que passa a constar nas possibilidades a serem analisadas em relação às possibilidades dos adotantes (artigo 50, ECA).

Para se tornar um adotante, é necessário primeiro, apresentar uma petição à Vara da Infância e da Juventude competente (de seu domicílio), instruída de documentos de qualificação pessoal e de atestados de antecedentes criminais e certidão negativa de distribuição na Justiça Civil, e aguardar o deferimento do pedido.

Após isso, o aspirante a adotante aguarda para ser entrevistado por uma equipe interdisciplinar, que aferirá os motivos e condições da pessoa para tanto. Além dos requisitos legais, a equipe pode determinar se o aspirante tem motivos idôneos para a adoção, e condições psicológicas e sociais para tanto.

Estão excluídos da possibilidade de se tornarem adotantes, também, aqueles que se caracterizarem por quaisquer das disposições do artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por tratar-se de matéria de interesse público, que envolve o interesse de incapazes, o Ministério Público deve atuar, inclusive, na aprovação da inclusão dos interessados, como adotantes, no Cadastro Nacional de Adoção (artigo 50, parágrafo 1º).

Uma vez que o processo de combinação entre adotandos e adotantes tenha sucesso, passa-se ao período de convivência (artigo 46 do Estatuto), e tem um prazo de noventa dias, embora possa haver variações de acordo com diversos parâmetros – como a idade da criança, prevista nesse mesmo artigo, ou outros, como a adoção internacional.

Discussão que vem sendo dirimida pela jurisprudência é a possibilidade da adoção por casais homoafetivos. Para BRAUNER e ALDROVANDI (2010, p. 18), a discussão perpassa, também, o movimento de secularização do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a não possibilitar que valores considerados religiosos venham a interferir na feitura e interpretação das leis do país.

As autoras narram que, ao longo dos anos 1990, com a possibilidade da adoção por pessoas solteiras, essa era a forma utilizada por casais homoafetivos para adotar: apenas um dos componentes da união adotava, em seu próprio nome, uma criança ou adolescente, tendo, assim, o pátrio poder (2010, p. 20).

Contudo, essa resposta era muito insatisfatória em relação a vários aspectos, mas, especialmente, em relação ao atendimento dos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança ou adolescente: o falecimento da pessoa que havia,

oficialmente, adotado, deixava o filho em situação muito vulnerável, principalmente para que pudesse continuar sob os cuidados do sobrevivente.

Em resumo, o que se argumentava em desfavor desse tipo de adoção, sumarizam as autoras, era o que segue:

a) existência de vedação legal, pois o artigo 1622 do Código Civil impedia o deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; b) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; c) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; d) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por casais do mesmo sexo. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 22)

Em adição à jurisprudência que já se consolidava no sentido da possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo em união estável, desde 2011, um novo fator jurídico tornou esse direito ainda mais certo: na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em consonância com a ampliação do rol de núcleos reconhecidos como família, a Corte julgou que a interpretação do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 não pode ser literal, no sentido de que apenas homem e mulher podem constituir uma união estável – e, por conseguinte, receber o mesmo tratamento legal conferido ao casamento civil propriamente dito.

Em relação a esse aspecto, assim, já não se pode mais ser suscitada a inexistência da união estável entre duas pessoas, pelo fato de serem do mesmo sexo, para que se exclua o casal interessado da possibilidade de adotar – mesmo que o mais seguro seria que a legislação previsse, expressamente, tal possibilidade (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 24).

O fato é que, mesmo antes dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de adoção por casal homoafetivo já houvera sido chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme a decisão proferida no Recurso Especial nº 889.852 - RS (2006/0209137-4), de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 2010.

De acordo com a decisão, o melhor interesse do adotando se encontrava, no caso, na possibilidade de adoção pelo casal homoafetivo, inclusive por já existir uma situação familiar consolidada entre o casal e o adotando, aferida por laudo interdisciplinar. Nesse caso, o parecer do Ministério Público foi favorável à adoção pelo casal. (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 25)

A situação indefinida sobre quem são, de fato, seus pais, ou, ainda pior, a vida em uma instituição de acolhimento – em que pesem os louváveis esforços de todos aqueles que oferecem as melhores condições aos adotandos, nelas -, são muito prejudiciais a crianças e adolescentes. Basta considerar as formas como a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou mesmo o Código Civil de 2002, se referem ao direito à uma família.

Face aos diversos estudos e laudos atestando que não há, absolutamente, qualquer prejuízo à formação do adotando pertencer a uma família composta por um casal de pessoas do mesmo sexo, não há qualquer dúvida de que os princípios da proteção integral e do atendimento ao melhor interesse de crianças e adolescentes implica na possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, que atendam às demais condições colocadas pela lei para tanto.

O “interesse superior da criança” deve ser avaliado no contexto do pluralismo do direito de família, ambos têm fundamento nos mesmos princípios: dignidade e igualdade. Assim, por derradeiro, o julgador analisou a preservação do interesse do adotando no caso concreto. Para tanto, inegável a contribuição dos estudos realizados com a família dos adotantes e adotando, por profissionais especializados, psicólogas e assistentes sociais, que só corroboraram a convicção dos julgadores sobre a ausência de prejuízo à criança em caso de adoção por homossexuais, pois, verificada a estabilidade e plenas condições para o deferimento da adoção.

A adoção se aperfeiçoa, completadas todas essas fases, pelo trânsito em julgado da sentença que decide pela adoção. O vínculo de filiação é constituído, não havendo qualquer diferenciação legal sobre filhos biológicos ou adotados, entre si, ou em relação aos direitos dos filhos adotados, para quaisquer finalidades legais.

O vínculo formado igual ao decorrente da filiação biológica, de forma que é irrevogável, e nem mesmo a morte dos pais por adoção reestabelece o poder familiar dos pais por filiação biológica (art. 49, ECA). Qualquer diferenciação para fins sucessórios está excluída, por completo, da legislação brasileira, e o vínculo se forma em relação a toda a família – ascendentes, colaterais, etc.

Camerino (201) ensina que:

A sentença que concede a adoção é de natureza constitutiva e somente produzirá efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença (efeitos ex nunc) e consequente averbação no Cartório de Registro Civil (artigo 10, III, do Código Civil), salvo na hipótese de falecimento do adotante durante o trâmite da ação, caso em que os efeitos serão produzidos a partir da data de seu óbito (efeitos ex tunc), adoção esta denominada "adoção póstuma".

Da certidão de filiação registrada em cartório, não deve constar qualquer menção ou informação sobre o fato de ter sido lavrada em função da sentença judicial, e nem mesmo pode ser requerido o teor desta, em separado, de forma que o registro do filho adotado deve ser absolutamente igual ao dos filhos biológicos.

O que foi resguardado, pela legislação, foi o direito ao acesso à origem biológica, ao filho que o buscar (artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente) - o qual, porém, não terá nenhum efeito para fins de alteração do vínculo de filiação ou sobre o registro, "que é definitivo". (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 27)

Finalmente, a legislação brasileira permite a adoção por estrangeiros, desde que cidadãos de países sejam signatários da Convenção de Haia, de 1993, e considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, também essa decisão deve ser tomada considerando-se o melhor interesse da criança ou adolescente adotando.

Em 2017, foi aprovada a Lei 13.509/2017, que confere prioridade aos processos de adoção que mantenham vínculos fraternais, facilitando a adoção de irmãos.

CONCLUSÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitas melhorias vêm sendo verificadas em relação ao instituto da adoção, no país. A vedação da discriminação entre os filhos em virtude da forma do vínculo é uma das mais importantes, e a ênfase no interesse dos adotandos é outra delas.

Uma legislação ainda mais profícua nesse sentido, porém, proporcionaria ainda maior segurança jurídica, e, muitas vezes, celeridade, aos processos de adoção, como é o caso da possibilidade de adoção por casais homoafetivos.

Ainda que a jurisprudência venha se consolidando, sempre, no sentido de assegurar a prevalência dos direitos e interesses dos adotantes, mesmo esse aspecto pode ter consequências deletérias para pessoas que estão na peculiar condição de seres em desenvolvimento: no momento da vida em que mais se deseja a segurança do mundo adulto, a imprevisibilidade e a incerteza podem ter efeitos prejudiciais à psique e ao desenvolvimento da pessoa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O ministério público nas ações de separação e divórcio*. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/205>> Acesso em 05 de ago. 2019.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; ALDROVANDI, Andrea. *Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família*. In: **JURIS**, Rio Grande, n. 15, 2010, ps. 07-35.

CAMERINO, Ana Carolina. *A adoção na legislação brasileira*. 06 de jul. de 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5808/A-adocao-na-legislacao-brasileira>> Acesso em 17 nov. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. 2007. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiloN2VIYHkAhX3ILkGHUhvBE8QFjAAegQIABAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ibdfam.org.br%2Fartigos%2Fator%2FGiselda%2520Maria%2520Fernandes%2520Novaes%2520Hironaka&usq=AOvVaw0peW32okf3RPOrIsJYPggN>> Acesso em 12 nov. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29 – ps. 233-258, jul/dez 2006.

SOUZA, Jorge Dias de. O abandono afetivo como violação ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51937/o-abandono-afetivo-como-violacao-ao-principio-da-protecao-integral-da-crianca-e-do-adolescente>> Acesso em 01 nov. 2020.

TOMIZAWA, Guilherme; MOREIRA, Josiele Adriana. *Destituição do poder familiar: punição ou garantia de direitos?* Disponível

em: <http://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima6/Destituicao_do_poder_familiar.pdf.> Acesso em 17 nov. 2020.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO LANÇAMENTO DE OFÍCIO NA ESFERA FEDERAL

CARMEN FERREIRA SARAIVA:

Servidora pública federal, bacharela em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Especialista pela PUC/Minas, pela Unicidade, pela UGF e pela UnP.

Resumo: O regime jurídico administrativo é aplicável à constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício consubstanciado no auto de infração no âmbito federal. Na fase inquisitória há verificação do fato gerador da obrigação “ex lege”, determinação da matéria tributável, cálculo do tributo e de seus acréscimos legais e identificação do sujeito passivo. A ciência válida aperfeiçoa a relação jurídica e a apresentação regular da peça de defesa instaura a fase litigiosa, oportunidade em que o sistema evolui para a fase processual, privilegiando-se o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, em que o controle da legalidade é efetivado em duplo grau de jurisdição. Ao final, o crédito tributário encontra-se definitivamente constituído e passível de cobrança administrativa amigável. Infere-se que, na esteira do processo administrativo tributário federal, a justiça republicana é efetiva de modo a contribuir sobremaneira para a marcha constante de robustecimento da hermenêutica sistemática do direito.

Palavras-chave: Processo Administrativo Tributário. Fase Inquisitória. Fase Processual. Robustecimento do Direito.

Resumen: El régimen jurídico administrativo se aplica a la constitución del crédito tributario mediante la publicación de un oficio plasmado en el aviso de infracción a nivel federal. En la fase inquisitiva se verifica el hecho de que genera la obligación de “ex lege”, la determinación de la materia imponible, el cálculo del tributo y sus adiciones jurídicas y la identificación del sujeto pasivo. La ciencia válida perfecciona la relación jurídica y la presentación regular de la pieza de defensa establece la fase litigiosa, una oportunidad en la que el sistema evoluciona a la fase procesal, favoreciendo el debido proceso, la defensa contradictoria y amplia, en la que el control de la legalidad se realiza en doble jurisdicción. Al final, el crédito tributario está permanentemente constituido y se puede cobrar de forma amigable en vía administrativa. Se deduce que, a raíz del proceso administrativo tributario federal, la justicia republicana es efectiva para contribuir en gran medida a la constante marcha de la solidez de la hermenéutica sistemática del derecho.

Palabras clave: Processo Administrativo Tributario. Fase Inquisitoria. Fase Procesal. Robustez del Derecho.

Sumário: Introdução. 1. Regime Jurídico. 2. Fase Inquisitória. 3. Fase Processual. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O tema tratado neste artigo versa sobre a constituição do crédito tributário na esfera da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

A finalidade que se anseia é inquirir sobre o “iter” da constituição do crédito tributário até que este se encontre definitivamente constituído na esfera administrativa no aspecto do contencioso. Dado o complexo arcabouço que emerge da legislação tributária, busca-se identificar a adequação exegética das normas processuais prevalentes em prol da efetividade na resolução extrajudicial de conflitos.

Na averiguação teórica da matéria analisada, utiliza-se o método da pesquisa dogmática do conhecimento com base na análise da legislação pertinente, da doutrina e da jurisprudência.

Atinente ao regime jurídico, examina-se a sistemática que vincula o agente administrativo em sua atuação.

Em relação à fase inquisitória, examina-se a sistemática da efetividade do lançamento de ofício consubstanciado no auto de infração.

No que tange à fase processual, averigua-se a liturgia da instauração da fase litigiosa no procedimento e as instâncias administrativas de julgamento no controle da legalidade do ato.

1. Regime Jurídico

O regime jurídico que rege a administração pública, inclusive no que concerne à constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício na esfera federal, baseia-se, entre outros, nos seguintes princípios estruturantes: a legalidade sujeita a atuação do agente público ao império da lei, que somente pode fazer o que expressamente é permitido em caráter de poder-dever; a impessoalidade cinge-se ao atendimento do interesse público, vedada a promoção individual, como nos casos de impedimento e suspeição da autoridade, que está obrigada a declará-los; a moralidade administrativa afasta o desvio de poder, dado que o servidor deve agir nos estritos termos da conduta proba, ilibada e pautada na boa-fé objetiva; a publicidade dos atos e sua ampla divulgação é a regra geral, uma vez que “a lei só

poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; e a eficiência obriga o agente a “realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”³² (DI PIETRO, 2020, pp. 3024-4162).

Nessa esteira, vale mencionar que o ato administrativo pode ser traduzido “como a declaração do Estado ou de quem o representa, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle do Poder Judiciário”.

Esse ato reveste-se dos seguintes atributos: a presunção de legitimidade e veracidade revela-se no sentido de que este deve ser editado conforme a lei e a realidade dos fatos; a imperatividade determina a sua imposição a terceiro, independentemente de concordância; a autoexecutoriedade infunde a submissão do administrado à ordem jurídica, sem que seja necessário pronunciamento judicial; e a tipicidade corresponde a figuras definidas em norma “aptas a produzir determinados resultados”.

A instituição da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil) possibilita a “entrega de documentos no formato digital para juntada a processo digital ou a dossiê digital”, uma vez que esse instrumento garante “a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”³³ ³⁴. Salvo exceções, os documentos entregues dessa forma prescindem de autenticação formal ou reconhecimento de firma, com base no entendimento de que a “eliminação de

32 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 37. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

33 BRASIL. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

34 BRASIL. **Ministério da Economia.** Instrução Normativa RFB nº 1.782, de 11 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=89433#1851501>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido”^{35 36}.

Por seu turno, os elementos essenciais de feitura desse ato suficiente a conferirem validade, existência e eficácia jurídica, sob pena de nulidade, são: a competência, que se configura no conjunto de atribuições fixadas por lei ao agente público para a prática do ato de constituição inderrogável no tempo, no lugar e na forma; o objeto ou conteúdo, relativo ao efeito jurídico que o ato produz, devendo ser lícito, possível, certo e moral; a forma determinada ou não proibida em lei, referente à forma como o ato se exterioriza no feito escrito com uso da língua portuguesa; a finalidade, que diz respeito à consequência que a prática do ato deve alcançar na esfera do interesse público; e o motivo, que se cinge às circunstâncias de fato e de direito que motivam o ato e levam à sua edição³⁷ (DI PIETRO, 2020, pp. 5714-8326).

2. Fase Inquisitória

No âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB)³⁸, a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício em relação aos tributos por ela administrados³⁹ rege-se pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), que foi recepcionada pelas normas constitucionais com estatura de lei complementar por “estabelecer normas gerais em matéria de legislação

35 BRASIL. Lei nº 13.726, de 09 de outubro de 2018. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13726.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

36 BRASIL. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9094.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

37 BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Artigo 2º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

38 BRASIL. **Ministério da Economia**. Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020. Aprova o Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=111265>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

39 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Tributos Federais Administrados [...]. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/tributos>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

tributária”⁴⁰ ⁴¹. Impõe-se o arcabouço normativo pátrio coercitivo, em especial o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (Processo Administrativo Fiscal), que somente pode ser alterado por lei ordinária, por ser a via correta a tratar de direito processual⁴² ⁴³, e o Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, que o regulamenta⁴⁴. Subsidiariamente, impõem-se as determinações previstas na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999⁴⁵. As disposições da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), são “aplicadas supletiva e subsidiariamente”⁴⁶.

40 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

41 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 146. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

42 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

43 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 22. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

44 BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7574.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

45 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Artigo 69. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

46 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigo 15. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

Nesta fase inquisitória, o procedimento unilateral de lavratura do auto de infração é levado a efeito pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil⁴⁷ 48 49.

Em regra, inicia-se mediante expedição de Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal, cuja distribuição é “precedida da atividade de seleção e preparo da ação fiscal” e “baseada em parâmetros técnicos”, devendo ser executado no prazo de 120 (cento e vinte) dias, podendo ser prorrogado até sua efetiva conclusão⁵⁰ 51. A partir da notificação regular desse ato, a espontaneidade do contribuinte ou responsável fica afastada para os efeitos das investigações dos fatos possivelmente caracterizados como ilícitos fiscais⁵² 53.

47 BRASIL. Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2002. Artigos 5º e 6º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10593.htm#art5>. Acesso em: 05 abr. 2021.

48 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 27. “É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

49 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 8. “O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

50 BRASIL. **Ministério da Fazenda.** Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 6.478, de 29 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=89205>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

51 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 111. “O Mandado de Procedimento Fiscal supre a autorização, prevista no art. 906 do Decreto nº 3.000, de 1999, para reexame de período anteriormente fiscalizado.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

52 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Artigo 7º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

53 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 33. “A declaração entregue após o início do procedimento fiscal não produz quaisquer efeitos sobre o lançamento de ofício.” Disponível em:

Recai sobre a Fazenda Nacional o ônus de produzir o acervo fático-probatório robusto com o propósito de evidenciar seu direito, antes do decurso do prazo decadencial^{54 55}, ocasião em que lhe é permitido “examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores”, uma vez que o sujeito passivo, com base no dever de colaboração, tem o encargo de exibir e conservar “os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados”, quando intimado para tanto^{56 57}. Cabe ressaltar que “a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do sujeito passivo dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais”, cabendo à autoridade fiscal a prova da sua inverdade, exceto na hipótese de presunção legal em que se inverte o encargo probatório⁵⁸.

O procedimento de constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício é “atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”, “rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada” e tem as seguintes finalidades: “verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação”,

<<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>.
Acesso em: 05 abr. 2021.

54 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigos 150 e 173. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

55 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 973733/SC. Ministro Relator Luiz Fux. Primeira Seção. Julgamento em 12 de agosto de 2009. Publicação em 18 de setembro de 2009. “1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inoocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito [...]”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701769940&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em: 11 abr. 2021.

56 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Artigos 194, 195, 196, 197, 198, 199 e 200. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

57 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 46 “O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

58 BRASIL. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Artigo 9º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

“determinar a matéria tributável”, “calcular o montante do tributo devido”, “identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”⁵⁹.

O fato gerador da “obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”, e o da obrigação acessória é a circunstância que “impõe a prática ou a abstenção de ato”. A hipótese de incidência normativa estabelece os aspectos abstratos materiais, pessoais, espaciais e quantitativos (AMARO, 2019, pp. 5442-5934).

Por seu turno, em decorrência de lei, a obrigação tributária principal, ou seja, de dar coisa certa, “surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”. A obrigação acessória, ou seja, de fazer ou não fazer, “decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”, convertendo-se em principal em relação à penalidade incorrida pela sua inobservância (AMARO, 2019, pp. 5235-5431).

O sujeito passivo é a pessoa, física ou jurídica, “obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”, podendo ser contribuinte, “quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”, ou responsável, no caso em que, “sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”^{60 61}.

59 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Artigos 142 a 144. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

60 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigos 113 a 115 e 121. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

61 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 202987/SP. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Julgamento em 30 de junho de 2009. Publicação em 25 de setembro de 2009. “A sujeição passiva tributária compreende os sujeitos passivos diretos, chamados pela legislação tributária de contribuintes, e os sujeitos passivos indiretos, que podem ser substitutos tributários ou responsáveis tributários. Nos termos do art. 121, par. ún, I do Código Tributário Nacional, somente pode ser considerado contribuinte a pessoa que estiver em relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador. Como se extrai da leitura conjunta dos arts. 121, par. ún I e 128 do CTN, a legislação tributária justifica a sujeição passiva indireta em termos econômicos, derivada da circunstância de o terceiro que for chamado a responder pela obrigação tributária estar ligado, economicamente ou por outro tipo de liame causal, ao fato jurídico tributário”. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur166730/false>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Por via de regra, o lançamento de ofício decorre da apuração de ilícito tributário praticado pelo sujeito passivo, tal como “nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata”.

Os elementos essenciais do auto de infração, de cuja ausência decorre nulidade, são: “qualificação do autuado”, “o local, a data e a hora da lavratura”, “descrição do fato”, “disposição legal infringida e a penalidade aplicável”, “determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias” e “assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula”^{62 63 64 65 66 67}. Em se verificando a pluralidade de sujeição

62 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Artigo 10. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.**

63 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 48. “A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

64 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 6. “É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

65 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 7. “A ausência da indicação da data e da hora de lavratura do auto de infração não invalida o lançamento de ofício quando suprida pela data da ciência.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

66 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 21. “É nula, por vício formal, a notificação de lançamento que não contenha a identificação da autoridade que a expediu” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

67 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 112. “É nulo, por erro na identificação do sujeito passivo, o lançamento formalizado contra pessoa jurídica extinta por liquidação voluntária ocorrida e comunicada ao Fisco Federal antes da lavratura do auto de infração.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

passiva, o termo fundamentado de responsabilidade solidária é parte integrante do auto de infração^{68 69}.

Pelo descumprimento da obrigação principal, aplica-se a multa de ofício proporcional de “75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição”, cujo percentual pode ser “duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis”. Esses percentuais podem ser aumentados pela metade nas circunstâncias de não atendimento pelo sujeito passivo de intimação para prestar esclarecimentos, ou reduzidos nas hipóteses expressamente previstas de efetivação de pagamento, compensação ou parcelamento⁷⁰. Excepcionada a regra de que a “legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes”, à penalidade

68 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 1.862, de 27 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o procedimento de imputação de responsabilidade tributária no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97728&visao=anotado>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

69 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 130. “A atribuição de responsabilidade a terceiros com fundamento no art. 135, inciso III, do CTN não exclui a pessoa jurídica do pólo passivo da obrigação tributária.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

70 BRASIL. Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991. Artigo 6º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8218.htm#art6>. Acesso em: 05 abr. 2021.

pecuniária aplica-se o critério da retroatividade benigna quando há cominação menos severa que aquela vigente ao tempo do fato jurígeno^{71 72 73 74}.

Em face do inadimplemento da obrigação acessória, impõe-se a multa de ofício isolada⁷⁵. Incidem ainda juros “equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC”⁷⁶.

O termo de arrolamento de bens tem natureza de medida acautelatória do crédito tributário constituído no caso de o valor “exceder, simultaneamente”, a “30% (trinta por cento) do seu patrimônio conhecido” e “R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de

71 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigos 105 e 106. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

72 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 131. “Inexiste vedação legal à aplicação de multa de ofício na constituição de crédito tributário em face de entidade submetida ao regime de liquidação extrajudicial.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

73 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 132. “No caso de lançamento de ofício sobre débito objeto de depósito judicial em montante parcial, a incidência de multa de ofício e de juros de mora atinge apenas o montante da dívida não abrangida pelo depósito.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

74 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 133. “A falta de atendimento a intimação para prestar esclarecimentos não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa conduta motivou presunção de omissão de receitas ou de rendimentos.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

75 BRASIL. Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999. Artigo 16. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9779.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

76 BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Artigos 5º, 44 e 61. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

reais)⁷⁷ 78. A representação fiscal para fins penais trata-se de “notitia criminis” na hipótese em que a conduta do sujeito passivo, em tese, configurar crime⁷⁹ 80. Em ambos os casos a formalização dá-se em autos apartados, sem previsão legal de instauração da fase litigiosa, embora sejam juntados por apensação ao processo que trata do auto de infração.

Com a intimação regular do contribuinte ou responsável no domicílio tributário, físico ou eletrônico de eleição, de forma pessoal, via postal, meio magnético ou residualmente com publicação de edital “em dependência, franqueada ao público”, inaugura-se a fase processual, aperfeiçoando a relação jurídico-

77 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 1.565, de 11 de maio de 2015. Estabelece procedimentos para o arrolamento de bens e direitos e representação para propositura de medida cautelar fiscal. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=63953>> . Acesso em: 05 abr. 2021.

78 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 109 “O órgão julgador administrativo não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a arrolamento de bens.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>> . Acesso em: 05 abr. 2021

79 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 1.750, de 12 de novembro de 2018. Dispõe sobre representação fiscal para fins penais referente a crimes contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, e de contrabando ou descaminho, sobre representação para fins penais referente a crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, e sobre representação referente a atos de improbidade administrativa. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=96434>> . Acesso em: 07 abr. 2021.

80 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 28 “O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais”. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>> . Acesso em: 09 nov. 2021.

obrigacional⁸¹ 82 83 84. A revelia é decretada quando não há instauração do contencioso administrativo, oportunidade em que se implementa a cobrança administrativa amigável no prazo de 30 (trinta) dias⁸⁵ (PAULSEN, 2020b, pp. 5628-5660).

3. Fase Processual

O processo, instrumento da jurisdição, “é um conjunto harmônico e coordenado de atos, sujeitos a uma disciplina imposta por lei”. Desenvolve-se de modo preordenado no contexto de uma relação jurídica entre sujeitos para solução da lide sobre direito material (ALVIM, 2020, pp. 6622-6642). Conforme a teoria da instrumentalidade, o processo se amolda à função de lograr a paz social, ao atingimento da adequação à “ordem jurídica justa” e da “negação do processo como fim em si mesmo”, por se prestar à solução da controvérsia dada a existência de uma pretensão resistida (NUNES, 2020, pp. 1164-1217).

O processo administrativo tributário federal tem como fundamento de validade as determinações previstas na Constituição da República Federativa do

81 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Artigos 21 e 23. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

82 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 9 “É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário”. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

83 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 110 “No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

84 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 1294479/RS. Ministro Relator: Roberto Barroso. Decisão Monocrática. Julgamento em 12 de fevereiro de 2021. Publicação em 18 de fevereiro de 2021. “Assim, considerando que a notificação em questão cumpriu exatamente as determinações do art. 23 do Decreto-Lei nº 70.235, de 1972, sendo enviada efetivamente para o endereço do domicílio fiscal eleito pelo impetrante, não há falar em nulidade da intimação.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1172179/false>>. Acesso em 10 abr. 2021.

85 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Presidência da República.** Artigo 127. **Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

Brasil de 1988 (CF)86, em especial que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁸⁷ e ainda que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo inadmissíveis “as provas obtidas por meios ilícitos”. Garantem-se ao sujeito passivo a igualdade na aplicação do direito material, a citação válida e a faculdade para apresentação de reclamação e de produção de provas da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo em face do crédito tributário constituído.

Além da revisão de ofício, o lançamento validamente notificado ao administrado pode ser modificado extrajudicialmente pela apresentação formal de reclamação administrativa, cujo efeito é suspender a exigência do crédito tributário. Por essa razão, nasce o direito à expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União e se impede a inscrição no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) 88. Observe-se que “os prazos serão contínuos,

86 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

87 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063/DF. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 18 de maio de 1994. Publicação em 27 de abril de 2001. “Substantive due process of law” e função legislativa: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive “due process of law” reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104079/false>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

88 BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento”^{89 90}
91 92 (PAULSEN, 2020b, pp. 5704-5416).

A instauração da fase litigiosa gratuita no procedimento para o controle da legalidade do auto de infração inaugura-se com a apresentação pelo sujeito passivo^{93 94 95}, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da notificação formal, da

89 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Inciso XXXIV do Artigo 5º “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas [...] b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

90 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Artigos 2º a 5º, 145, 151 195 a 200 e 205 a 208. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

91 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Jurisprudência. Súmulas Vinculantes. Súmula Vinculante 21. “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.” Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

92 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1120295/SP. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 12 de maio de 2010. Publicação em 21 de maio de 2010. “1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901139645&dt_publicacao=21/05/2010>. Acesso em: 06 abr. 2021.

93 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 71 “Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

94 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Jurisprudência. Súmulas Vinculantes. Súmula Vinculante 5. “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

95 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 129 “Constatada irregularidade na representação processual, o sujeito passivo deve ser intimado a sanar o defeito antes da decisão acerca do

impugnação contendo: “autoridade julgadora a quem é dirigida”, “qualificação do impugnante”, “motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui”, “diligências ou perícias a serem realizadas”, e a juntada, se for o caso, da peça vestibular da ação judicial sobre a matéria objeto de litígio⁹⁶. A peça de defesa delimita a matéria litigiosa, devendo conter expressamente todas as matérias de divergência e estar acompanhada do acervo fático-probatório, sob pena de preclusão, em razão de sua natureza de via estreita. Excetua-se a essa regra as matérias de ordem pública que podem ser conhecidas de ofício ou a requerimento da parte a qualquer tempo e grau de jurisdição. A exibição de novos documentos comprobatórios, como medida excepcional, somente pode ser realizada quando restarem evidenciados: força maior, direitos e fatos supervenientes. Ressalte-se a possibilidade de se realizar a dilação probatória de ofício, uma vez que ao julgador, necessariamente imparcial dado que a suspeição e o impedimento devem ser previamente declarados, aplica-se o princípio da persuasão racional na apreciação das provas em privilégio ao princípio da verdade material^{97 98}. Questão sensível é a produção de provas em qualquer momento processual por iniciativa do contribuinte ou responsável. A par do formalismo moderado que permeia o processo administrativo fiscal, não se pode olvidar do império da legislação de conteúdo adjetivo (ALVIM, 2020, pp. 3064-3231/3248-3265).

conhecimento do recurso administrativo.” Disponível em:
<<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>.
Acesso em: 05 abr. 2021.

96 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 129. “Constatada irregularidade na representação processual, o sujeito passivo deve ser intimado a sanar o defeito antes da decisão acerca do conhecimento do recurso administrativo.” Disponível em:
<<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>.
Acesso em: 05 abr. 2021.

97 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Artigos 14 a 17 e 29. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

98 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigos 141 e 492. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

O impulso oficial da marcha do processo e o dever de decidir de forma motivada, clara, explícita e congruente são imperativos⁹⁹ 100. Ademais, a nulidade deve ser declarada em relação ao auto de infração e da decisão quando eivados de vício de legalidade, salvo quando se tratar de omissões ou incorreções sanáveis, quando “poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento do sujeito passivo”¹⁰¹. É importante ressaltar que no âmbito administrativo vigora o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em observância à independência e harmonia entre os poderes estatais¹⁰².

A “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁰³ devem ser avaliados com base na justificada adequação dos meios empregados para a obtenção de determinada finalidade e na baliza do ajustamento da necessidade de conciliação entre o ato praticado e o seu propósito, com base na justiça republicana que impõe a previsibilidade, estabilidade e confiança na hermenêutica jurídica.

Outros princípios aplicáveis são: “atuação conforme a lei”, “atendimento a fins de interesse geral”, “objetividade no atendimento do interesse público”, “adequação entre meios e fins”, “observância das formalidades essenciais à garantia

99 BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Artigo 50. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

100 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791/292/PR. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 26 de junho de 2010. Publicação em 13 de agosto de 2010. “3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1662/false>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

101 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Artigos 32, 59 a 61. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

102 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 2 “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

103 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Inciso LXXVII do Artigo 5º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

dos direitos dos administrados”, “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza”, “proibição de cobrança de despesas processuais”, busca da verdade material, emprego da congruência decisória delimitada à lide e submissão à improrrogabilidade da competência judicante¹⁰⁴ (DONIZETTI, 2020, pp. 2288-3224).

Por falta de previsão legal expressa não corre o prazo de prescrição intercorrente, nem há lapso temporal fixo para julgamento das peças de defesa no processo administrativo tributário na esfera federal¹⁰⁵. Tem-se que o julgamento colegiado do auto de infração é o modelo adotado na esfera administrativa, e em caso de empate resolve-se favoravelmente ao autuado, ponto este que se encontra “aguardando julgamento” do controle de constitucionalidade do dispositivo legal instituidor nos aspectos formal e material¹⁰⁶ ¹⁰⁷. No julgado em que for examinada questão preliminar também é julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, com indicação fundamentada do indeferimento da realização de dilação probatória, se for o caso¹⁰⁸. Em se realizando diligência ou perícia, o sujeito passivo deve ser notificado do relatório fiscal, facultando-se lhe apresentar manifestação¹⁰⁹.

Nas Delegacias de Julgamento da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ocorre o julgamento da impugnação em sede de primeira instância, e nas Câmaras Recursais ocorre em última instância o recurso voluntário cujo valor objeto

104 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

105 BRASIL. **Ministério da Economia.** Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 11 “Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

106 BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Artigo 19-E. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

107 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6399/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. Aguardando Julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=752545483&s1=VOTO%20AND%20QUALIDADE&numProcesso=6399>> . Acesso em 11 abr. 2021.

108 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Artigo 28. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

109 BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. Artigo 35. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7574.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

de controvérsia não supere 60 (sessenta) salários mínimos^{110 111 112}. Vale ressaltar que não há previsão normativa para que a autoridade julgadora agrave a exigência inicial. O acórdão deve conter "relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação"^{113 114}. Cabe interposição de recurso de ofício "sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais)"^{115 116}. Nessa esteira, a publicidade restringe-se às ementas dos julgados.

110 BRASIL. **Ministério da Economia**. Portaria ME nº 340, de 08 de outubro de 2020. Disciplina a constituição das Turmas e o funcionamento das Delegacias de Julgamento da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - DRJs, e regulamenta o contencioso administrativo fiscal de pequeno valor. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=113041>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

111 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 102. "É válida a decisão proferida por Delegacia da Receita Federal de Julgamento - DRJ de localidade diversa do domicílio fiscal do sujeito passivo." Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

112 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 2.724, de 27 de setembro de 2017. Dispõe sobre a emissão de acórdãos sem ementas pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) resultantes de julgamento de processos administrativos fiscais que especifica. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=86670>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

113 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Artigo 31. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

114 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigo 489. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

115 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=compilado&idAto=80371>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

116 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 103 "Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância." Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Valorizando-se o princípio do duplo grau de jurisdição, cabe ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)¹¹⁷, órgão paritário, o julgamento do recurso voluntário apresentado pelo contribuinte ou responsável em 30 (trinta) dias contados da ciência regulamentar da decisão de primeiro grau, cabendo a análise do recurso ainda que perempto. Em relação ao recurso de ofício e ao recurso voluntário, é facultada ao Procurador da Fazenda Nacional a apresentação de razões em igual prazo.

Em instância especial, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) tem competência para análise do recurso especial de uniformização de jurisprudência com indicação de paradigmas oferecido em 15 (quinze) dias a contar da intimação do sujeito passivo e do Procurador da Fazenda Nacional em face da decisão de segunda instância. As partes podem oferecer no prazo de 5 (cinco) dias agravo regimental em discordância do despacho que não o admite. Em tendo revisão favorável, a parte contrária pode expor suas razões em 15 (quinze) dias.

Em 5 (cinco) dias é admissível a oposição de embargos de declaração quando o acórdão contiver “obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma”. A publicidade é aplicável ao julgamento e ao inteiro teor da decisão.

A desistência do contraditório, total ou parcial, pode ocorrer em qualquer tempo de forma expressa quando espontânea, sendo que em caso de opção pela via judicial, “pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente”¹¹⁸.

Os julgados são definitivos: “de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto”; “de segunda instância de que

117 BRASIL. **Ministério da Economia**. Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=65007&visao=anotado>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

118 BRASIL. **Ministério da Economia**. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Jurisprudência. Súmulas CARF. Súmula CARF nº 1 “Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição”; e “de instância especial”, oportunidade em que o crédito tributário resta definitivamente constituído, devendo ser encaminhado para cobrança administrativa amigável¹¹⁹.

A extinção da obrigação “ex lege”¹²⁰ pode ser efetivada, entre outras, pelas seguintes modalidades: pagamento¹²¹ em dinheiro do tributo e seus consectários, compensação nas condições legais estipuladas¹²², remissão¹²³ e transação¹²⁴ regulamentada a partir do juízo de oportunidade e conveniência da União.

Considerações Finais

No âmbito do regime jurídico de direito público que rege a administração pública, há princípios estruturantes a serem observados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse sentido, o ato administrativo traduz-se

119 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Artigos 21 e 42. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

120 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigo 156. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

121 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1251513/PR. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgamento em 10 de agosto de 2011. Publicação em 17 de agosto de 2011. “3. De acordo com o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário. Se o pagamento por parte do contribuinte ou a transformação do depósito em pagamento definitivo por ordem judicial (art. 1º, §3º, II, da Lei n. 9.703/98) somente ocorre depois de encerrada a lide, o crédito tributário tem vida após o trânsito em julgado que o confirma. Se tem vida, pode ser objeto de remissão e/ou anistia neste ínterim (entre o trânsito em julgado e a ordem para transformação em pagamento definitivo, antiga conversão em renda) quando a lei não exclui expressamente tal situação do seu âmbito de incidência.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100968572&dt_publicacao=17/08/2011>. Acesso em: 08 abr. 2021.

122 BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Artigo 74. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430compilada.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

123 BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Artigos 18, 19 e 20. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

124 BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

em declaração estatal submetida a lei apto a produzir efeitos e sujeito à revisão judicial. São atributos desse ato: presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade. Os elementos essenciais de sua elaboração são: competência, objeto, forma, finalidade e motivo. O lançamento de ofício de constituição do crédito tributário no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) sujeita-se à mesma sistemática própria do gênero "ato administrativo" por ser dele uma espécie. A partir da normatividade especial, desenvolve-se a fase inquisitória, sem que seja necessária a intimação do sujeito passivo, com o escopo de formação do auto de infração a partir da verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária "ex lege", apuração da matéria tributável, cálculo da exação com seus consectários e identificação do sujeito passivo, contribuinte e/ou responsável. Trata-se de exercício de atividade vinculada pela autoridade, sob pena de responsabilidade funcional. Em regra, esse procedimento decorre de apuração de ilícito tributário praticado pelo sujeito passivo, como a falta de pagamento ou de declaração. O auto de infração deve conter os elementos essenciais, inclusive a descrição dos fatos e o enquadramento legal acompanhado do acervo probatório do direito da Fazenda Pública. A ciência válida aperfeiçoa a relação jurídico-obrigacional, com privilégio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. A apresentação regular da peça impugnatória pode ser efetivada pelo próprio sujeito passivo gratuitamente, com indicação minuciosa dos motivos de fato e de direito, e, após instruída com os documentos que a fundamentam, instaura-se o litígio e inicia-se a fase processual no procedimento. Por se tratar de via estreita, são excepcionais as hipóteses permissivas de apresentação de novas provas, embora matérias de ordem pública possam ser opostas a qualquer momento. No vetor do controle da legalidade, compete ao órgão julgador de primeira instância proferir a decisão explicitamente motivada, oportunidade em que se aplica o princípio da persuasão racional na apreciação da prova. Em face da sucumbência, cabe recurso voluntário no prazo legal ao órgão julgador de segunda instância para reexame da matéria devolvida, ocasião em que há participação de representante da Fazenda Pública. A instância especial tem por finalidade uniformar a jurisprudência. Findas essas fases, na sistemática do duplo grau de jurisdição, o crédito tributário é considerado definitivamente constituído e passível de cobrança administrativa amigável.

Nesse sentido, no âmbito do processo administrativo tributário federal efetiva-se a justiça republicana que possibilita o curso constante rumo ao revigoramento da exegese sistêmica da legislação especial e aperfeiçoamento do seu conteúdo em proveito da efetiva solução extrajudicial dos litígios, instrumento importante de fomento da isonomia e da segurança jurídica.

Referências Bibliográficas

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. (e-pub)

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (e-pub)

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito tributário brasileiro ctn comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. (e-pub).

BECHO, Renato Lopes. **Responsabilidade tributária de terceiros ctn, arts. 134 e 135**. São Paulo: Saraiva, 2014a. (e-pub).

_____. **Execução Fiscal análise crítica**. São Paulo: Noeses, 2018b. (e-pub).

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito tributário brasileiro ctn comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. (e-pub).

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (e-pub).

CASSONE, Vittorio, ROSSI, Júlio César; CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. **Processo tributário teoria e prática**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017a. (e-pub)

_____. **Direito tributário**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2018b. (e-pub)

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito tributário direito financeiro, direito orçamentário e lei de responsabilidade fiscal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 16 v. (Sinopses Jurídicas) (e-pub).

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (e-pub). COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário constituição e código tributário nacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (e-pub).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (e-pub)

DE SANTI, Eurico Marcos. **Lançamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-pub).

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020. (e-pub)

MAMEDE, Gladston. **Direito societário brasileiro. direito societário. sociedades simples e empresárias**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. (e-pub)

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2019a. (e-pub).

_____. **Processo tributário**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2020b. (e-pub)

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro administrativo e judicial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (e-pub).

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Livro Eletrônico. (e-pub)

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro administrativo e judicial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (e-pub).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (e-pub)

NUNES, Cleucio Santos. **Curso completo de direito processual tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. (e-pub)

PAULSEN, Leandro; ÀVILA, René Bergmann. SLIWKA, Ingrid Scroder. **Leis de processo tributário comentadas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a. (e-pub)

_____. **Curso de direito tributário completo**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2020b. (e-pub).

_____; ÀVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schoder. **Lei de processo tributário comentadas processo administrativo fiscal, protestos extrajudicial de títulos e execução fiscal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018c. (e-pub).ROCHA, Sérgio André. **Processo administrativo fiscal controle administrativo do lançamento tributário**. São Paulo: Almedina, 2018. (e-pub)

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário essencial**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (e-pub)

SHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (e-pub).

A TEORIA DO RISCO INTEGRAL COMO VERTENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

ALMIR RODRIGUES DOS SANTOS:
graduando em Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus –
CEULM/ULBRA.

RESUMO: A preocupação básica do presente artigo é demonstrar a viabilidade da aplicação da teoria do risco integral em matéria ambiental mesmo diante das divergências doutrinárias sobre o tema, visto que os desastres ambientais causados por pessoas físicas ou jurídicas extrapolam a subjetividade do agente causador do dano. Este artigo tem como objetivo demonstrar por meio da análise de jurisprudências, doutrinas e casos práticos, a necessidade de se adotar uma corrente mais ríspida quando se trata de danos ao meio ambiente, até mesmo para evitar que danos ainda maiores ocorram. Realizou-se pesquisas bibliográficas, tendo como referência os materiais de cunho principiológico, jurisprudencial e doutrinário do ramo de direito ambiental, procurando evidenciar a importância da adoção da teoria do risco integral no que tange à responsabilidade civil objetiva ambiental.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Ambiental. Teoria do Riscos em Direito Ambiental. Risco Integral. Desastres Ambientais.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países com maior extensão territorial do mundo, sendo o 5º maior nesse quesito. Dada a sua dimensão continental, é tarefa árdua elencar a sua infinidade de recursos naturais.

No mesmo sentido, o sistema econômico no qual o país está inserido, qual seja, o capitalismo, depende de recursos naturais para existir, uma vez que tais recursos servem de insumo em todos os setores da economia.

A lógica capitalista está pautada na concorrência e no lucro, que geram superprodução e, conseqüentemente, superexploração dos recursos da natureza. Não obstante, ao passo em que se produz de forma desenfreada, são despejados muitos resíduos, em todos os estados da matéria, que vêm a poluir o meio ambiente, desencadeando, a curto e longo prazo, prejuízos a todos os seres vivos.

Nesse sentido, visando reprimir os agentes causadores de danos ao meio ambiente, a legislação e a jurisprudência brasileira, passaram a adotar a responsabilidade civil objetiva, visando prevenir e reprimir danos ambientais que

eram relativizados ou deixavam de ser reparados quando se aplicava a teoria subjetiva de responsabilidade, que utiliza como critério a culpa do agente.

Desse modo, em consonância ao que leciona Henri Lalou, não mais se admite a culpa presumida. Entende-se, agora, que as atividades criam um risco, que pode ser individual ou coletivo. E esse risco acarreta responsabilidade ao agente que causou o dano, efetiva ou potencialmente.

Nesse sentido, o Código Civil, em seu artigo 927, parágrafo único, versa sobre a reparação do dano em face do risco criado:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002, Art. 927, parágrafo único)

Ao adentrar na seara dos riscos, na responsabilidade civil objetiva, chega-se ao ponto vislumbrado pelo presente trabalho. Aqui, falar-se-á da teoria do risco integral, uma das modalidades de risco observada quando da responsabilização por dano ambiental.

2. DESENVOLVIMENTO

A responsabilidade civil ambiental é uma modalidade específica de responsabilização, dadas as peculiaridades do dano ambiental de maneira geral, conforme leciona Édis Milaré:

Imaginou-se, no início da preocupação com o meio ambiente, que seria possível resolver os problemas relacionados com o dano a ele infligido nos estreitos da teoria da culpa. Mas, rapidamente, a doutrina, a jurisprudência e o legislador perceberam que as regras clássicas de responsabilidade, contidas na legislação civil de então, não ofereciam proteção suficiente e adequada às vítimas do dano ambiental, relegando-as no mais das vezes, ao completo desamparo. Primeiro, pela natureza difusa deste, atingindo, via de regra, uma pluralidade de vítimas totalmente desamparadas pelos institutos ortodoxos do Direito Processual Clássico, que só ensejavam a composição do dano individualmente sofrido. Segundo, pela dificuldade de prova da culpa do agente poluidor, quase sempre coberto por aparente legalidade materializada em atos do Poder Público, como licenças e

autorizações. Terceiro, porque no regime jurídico do Código Civil, então aplicável, admitiam-se as clássicas excludentes de responsabilização, como por exemplo, o caso fortuito e a força maior. Daí a necessidade da busca de instrumentos legais mais eficazes, aptos a sanar a insuficiência das regras clássicas perante a novidade de abordagem jurídica do dano ambiental. (MILARÉ, 2007)

Nesse sentido, o legislador buscou formas de trazer ao direito ferramentas mais eficazes para proteger o meio ambiente. Para tanto, criou-se a Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente.

Nesse momento a legislação brasileira substituiu a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva, aferida de acordo com o risco da atividade praticada, conforme o artigo 14, § 1º, da referida lei: *“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”*

Isto posto, a partir da Política Nacional de Meio Ambiente basta a verificação do dano e do nexo de causalidade para que um agente seja responsabilizado objetivamente, conforme dispõe Rômulo Sampaio:

Para que um agente seja responsabilizado objetivamente, portanto, basta a verificação do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso. O dano é aquele proveniente de uma ação ou omissão que provoque de maneira direta ou indireta, degradação do meio ambiente. Dado o seu alcance coletivo, em razão do caráter difuso do bem jurídico tutelado (meio ambiente), o dano ambiental pode ter repercussão patrimonial e extrapatrimonial. Além disso, são passíveis de composição os danos materiais e imateriais, conforme dispõe o artigo 1º da Lei 7.347/1985. (SAMPAIO, 2014)

Segundo o autor, a responsabilidade civil objetiva não se restringe àquelas atividades potencialmente poluidoras:

Vale ressaltar que a incidência da responsabilidade civil objetiva em caso de danos ambientais não se restringe àquelas atividades potencialmente poluidoras, consideradas como

atividades de risco, alcançará qualquer atividade que, direta ou indiretamente, provoque prejuízos ao meio ambiente em função da expressa previsão normativa do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. (SAMPAIO, 2014)

Além do dano, tem-se que verificar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso produzido. *In casu*, não se afere a intenção do agente, mas é necessário que o dano tenha sido causado por ação ou omissão deste. (SAMPAIO, 2014).

Assim também entende o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que quem causa dano ao meio ambiente deve repará-lo, independentemente de fatores subjetivos:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Para fins do art. 543- C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; [...] (BRASIL, 2014).

Milaré, no entanto, ressalva que não é fácil estabelecer o nexo de causalidade em razão das nuances do dano:

Não é fácil, no entanto, em matéria ambiental, a determinação segura do nexo causal, já que os fatos da poluição por sua complexidade, permanecem muitas vezes camuflados não só pelo anonimato, como também pela multiplicidade de causas, das fontes e de comportamentos, seja por sua tardia consumação, seja pelas dificuldades técnicas e financeiras de sua aferição, seja, enfim, pela longa distância entre a fonte emissora e o resultado lesivo, além de outros fatores. (MILARÉ, 2007)

Ainda de acordo com o autor, outra dificuldade encontrada é a identificação dos autores do dano, bem como das vítimas:

[...] a degradação do meio ambiente tem, não raro, causadores plúrimos, quando não incertos (com múltiplas causas contribuindo para um efeito singular e causas singulares produzindo múltiplos efeitos), vítimas pulverizadas e por vezes totalmente anônimas, e dano de manifestação retardada ou de caráter cumulativo, atingindo não apenas a integridade patrimonial ou física de indivíduos, presentes e futuros, mas também interesses da sociedade em geral ou até a realidade abstrata do meio ambiente (dano ecológico puro). Mas não só a delimitação dos sujeitos atingidos é tarefa árdua. Tão ou até mais complicado é identificar os autores do dano, isto é, as fontes da degradação ambiental. No Direito tradicional, a atuação da responsabilidade civil fazia-se contra um causador ou, quando muito, contra alguns causadores. Outra é a realidade trazida pelo Direito Ambiental, onde o dano, com frequência, é resultado de riscos-agregados criados por várias empresas independentes entre si. E mais, frequentemente o risco de uma simples fonte é, em verdade, insignificante ou incapaz de causar, sozinho, o prejuízo sofrido pela vítima ou vítimas. Daí que, também na perspectiva dos seus causadores, o dano ambiental é, essencialmente, coletivo. (MILARÉ, 2007)

Sampaio ainda salienta que a responsabilização civil não exclui a penal e nem a administrativa:

Importa ressaltar que a responsabilização civil do poluidor não exclui a sua responsabilidade penal e/ou administrativa, conforme determina o artigo 225, § 3º, da CF/88. Isso por que a o ordenamento jurídico pátrio privilegia a restauração do bem lesado e não apenas a imposição de punição ao causador do dano. Havendo mais de um causador do dano, aplica-se a solidariedade prevista pelo art. 942, *caput*, segunda parte, do Código Civil. O dever de reparar estende-se aos sócios da pessoa jurídica causadora do dano e ao Estado em casos de omissão do dever de fiscalizar. Neste caso, a responsabilidade se dará de forma subsidiária. Aos causadores do dano que efetivamente pagarem pela reparação, fica resguardado o direito de regresso aos corresponsáveis. (SAMPAIO, 2014)

O artigo 3, inciso IV, da Lei n. 6.938/81 diz que pode ser responsabilizada *“a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”*.

Nesse toar o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão no Resp n. 650728/SC, entendeu que *“para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.”*

A teoria do risco integral é objeto de muitas discussões em âmbito doutrinário. Enquanto muitos autores defendem que a referida teoria é uma forma extremada de se responsabilizar o agente, uma vez que nela existirá o dever de indenizar até nos casos em que não há nexo causal, haja vista que a responsabilização é em face do dano, até mesmo quando este advém de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, os seus defensores justificam que ela se aplica pelo fato de existir atividade no lugar de onde surgiu o prejuízo. Ou seja, toda vez que alguém passa a desenvolver uma atividade, assume, integralmente, todos os riscos inerentes a ela. Se danos ambientais ocorrerem, não se observará intenções e/ou peculiaridades, e sim o risco assumido.

Um exemplo prático da aplicação da Teoria do Risco Integral pode ser visualizado nos desastres que aconteceram recentemente no estado de Minas Gerais, com os rompimentos de barragens nos municípios de Mariana (2015) e Brumadinho (2019). Este último sendo o maior acidente de trabalho do Brasil em perda de vidas humanas.

As tragédias poderiam ter sido evitadas, tendo sido comprovado falhas na fiscalização da Agência Nacional de Mineração, na omissão dos responsáveis pela averiguação de toda a segurança da barragem; no sistema de segurança dos dois municípios, já que os alarmes não foram disparados, impossibilitando a saída de pessoas próximas a área.

Nessas circunstâncias, a responsabilização pelos desastres, seja para reparar, seja para indenizar os danos recairá tanto sobre a empresa de mineração a quem foi permitido explorar os recursos naturais, quanto sobre o estado, que se omitiu diante dos riscos que as barragens ofereciam aos municípios (SCHONARDIE, 2003).

Como já abordado, a teoria do risco integral busca tão somente a reparação dos danos ambientais sendo necessária apenas a comprovação de uma lesão ao meio ambiente que tenha uma ligação mínima com a atividade do degradador.

Nesse toar, a Lei 6.938 de 1981 estabelece em seu artigo 14, parágrafo 1º, que o degradador deve indenizar e reparar os danos mesmo que não exista culpa, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia (BRASIL, 1981).

O Superior Tribunal de Justiça também diz que aquele que causa dano ao meio ambiente deve repará-lo, independentemente de fatores subjetivos:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Para fins do art. 543- C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; [...] (BRASIL, 2014).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entende, ainda, que não se admite, na teoria do risco integral, as excludentes de responsabilidade:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ROMPIMENTO DE BARRAGEM - MINERAÇÃO RIO POMBA CATAGUASES - DANO AMBIENTAL - TEORIA DO RISCO INTEGRAL - MINORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MULTA-CARÁTER PROTETATÓRIO- NÃO CONFIGURAÇÃO- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Para o dano ambiental se aplica a teoria do risco integral, logo, é objetiva a responsabilidade e não se admite a incidência das excludentes de força maior, caso fortuito e fato de terceiro; - A indenização por dano moral deve ser fixada em valor suficiente para reparar o dano, como se extrai do art. 944, caput, do Código Civil; - Não sendo evidenciado o propósito protetatório dos embargos, afasta-se a multa prevista no art. 538, p. Único do CPC; - Recurso parcialmente provido.(TJ-MG - AC: 10439070714993001 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 03/12/2013,

Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/12/2013).

É possível perceber a aplicação da teoria do risco integral pelos tribunais do país, mas ainda se vê forte resistência doutrinária em se aplicar a teoria, haja vista o seu caráter rigoroso. Segundo Nelson Rosenvald, a teoria só deveria se aplicar em momentos excepcionalíssimos, veja:

Já a teoria do risco integral, ou responsabilidade objetiva absoluta, acena para uma causalidade pura. Trata-se de uma construção a ser aplicada em casos excepcionalíssimos, na medida em que a sua adoção representará a imposição de uma obrigação objetiva de indenizar, mesmo que as circunstâncias evidenciem a existência de uma excludente donexo causal. Isso significa que uma pessoa terá de responder por danos injustos que não causou, pelo simples fato deles ocorrerem no transcurso de sua atividade. Todo o risco conexo à atividade será internalizado no processo produtivo. Simplesmente não há no direito brasileiro uma norma geral que defira contornos precisos a esse modelo jurídico ou sequer um dispositivo – seja no Código Civil ou em lei especial – que responsabilize alguém, suprimindo a possibilidade desta pessoa se eximir ao fundamento da força maior ou do fato de terceiro. (ROSENVALD, 2015)

Em contrapartida, Nelson Nery Júnior defende que se deve indenizar, em caso de dano, apenas pelo fato de existir atividade:

Ainda que a indústria tenha tomado todas as precauções para evitar acidentes danosos ao meio ambiente, se, por exemplo, explode um reator controlador da emissão de agentes químicos poluidores (caso fortuito), subsiste o dever de indenizar. Do mesmo modo, se por um fato da natureza ocorrer derramamento de substância tóxica existente no depósito de uma indústria (força maior), pelo simples fato de existir a atividade há o dever de indenizar. (JÚNIOR, 1984)

Indiferente à discordância doutrinária, é evidente o fato de que relevância do tema aqui abordado foi amplificada pelos desastres ocorridos nas cidades mineiras. Naquela realidade, impera grande sensação de impunidade entre todos os que acompanharam de perto o caso. Neste ponto, a teoria do risco integral, deixa a

sensação de que, em termos de responsabilidade civil ambiental, pode-se exaurir todos os meios de reparação ou indenização pelos danos causados.

Resta explícito que no caso das duas cidades mineiras não se chegou ao estopim nem das reparações e nem das indenizações pelos danos causados. Daí a importância de se falar de responsabilidade civil ambiental, focando na teoria do risco que pode apresentar os resultados mais convincentes e satisfatórios aos que sofreram com os desastres.

Ainda que não exaurido o rol de reparações nas tragédias em Brumadinho e Mariana, o que faz a teoria do risco integral ter um peso jamais antes visto no direito brasileiro é o fato de, “apesar de aumentar os encargos para o agente, ser mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano” (PEREIRA, 1994).

Isto porque, sabendo-se que os desastres ambientais no Brasil só crescem a cada ano, vitimando centenas de pessoas, destruindo vilas, cidades, ecossistemas, a Teoria do Risco Integral adota um caráter mais pedagógico quando de sua aplicação uma vez que aqueles que exercem atividade serão mais prudentes e rigorosos no ato de prevenir danos ao meio ambiente.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível observar que a Teoria do Risco Integral, como vertente da responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental, ainda é um tema muito recente no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a aplicação subsidiária de dispositivos legais, a discordância das cortes e a divergência doutrinária traz muitas incertezas quando da aplicação dessa modalidade da Teoria dos Riscos.

Em contrapartida, e infelizmente, os desastres ambientais em solo brasileiro vêm se repetindo com uma frequência jamais vista, e, em muitos casos, tais desastres são resultado de falhas de agentes, surgindo a necessidade de responsabilização.

Ao passo em que os desastres se repetem, cresce nas pessoas afetadas a ânsia por justiça e por responsabilizações mais severas. Daí surge a justa aplicação da Teoria do Risco Integral como, para os afetados, uma forma de fazer-se justiça, punindo-se de forma rigorosa os agentes que, de qualquer modo, causaram desequilíbrio ambiental.

Mas não só isso. Como visto, além de dar às vítimas um alento em relação aos danos sofridos, quando aplicado o Risco Integral, dá-se a ele características

pedagógicas, uma vez que o agente que exerce a atividade será muito mais cauteloso a fim de evitar novos danos ambientais.

Isto posto, demonstra-se que a teoria ora estudada é pertinente em matéria ambiental, bem como não é nutrida de exageros na sua aplicação, haja vista a magnitude dos danos ambientais que, quase corriqueiramente, vêm acontecendo no Brasil.

E mais, haja vista a doutrina divergir quanto à aplicação da teoria do risco integral, tem-se também que, apesar de extremamente pertinente, há casos em que outras teorias do risco são mais viáveis à situação fática.

4. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. Direito Ambiental. 11ª ed. Ver., atual e ampl. Salvador – BA: Juspodvim, 1056 p. 2020.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Resp. n. 1.114.398/ PR. Relator: BENETI, Sidnei. Disponibilizado no DJ eletrônico em 16/2/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21249564/recurso-especial-resp1114398-pr-2009-0067989-1-stj/inteiro-teor-21249565?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.454.281/MG, DJe 9/9/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387066711/recurso-especial-resp-1454281-mg-2013-0380616-4/inteiro-teor-387066721?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2014, DJe 05/09/2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137672283/recurso-especial-n1374284-mg-do-stj>>. Acesso em: 06 de outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0400.06.020456-9/001, rel. Desembargador José Eustáquio Lucas Pereira, 5ª Câmara Cível do TJMG, julgamento em 06.12.2018. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/658021329/ap-civel-rem-necessaria-ac10400060204569001-mg/inteiro-teor-658021428?ref=serp>>. Acesso em: 24 de outubro de 2019.

CASTRO. Ísis Stéfany. **Aplicação da teoria do risco integral aos responsáveis pelos danos causados em Mariana (MG) e Brumadinho (MG)**. 2019. Trabalho de

Conclusão de Cuso (Bacharel em Direito) – Curso de Direito, UniEVANGÉLICA, Anápolis, p. 55. 2019.

CAVALIERI, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P.130-131.

LALOU, Henri. La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques. Paris: Daloz, 1928.

MACHADO, Jeanne da Silva. A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro – 37 Ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MILARÉ, Édis. A irrelevância do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, n. 0, , RT, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

ROSENVALD, Nelson. A Teoria do Risco Ambiental. **Nelson Rosenvald, 2015.** Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/17/A-Teoria-do-Risco-no-Direito-Ambiental>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

SAMPAIO. Rômulo. Direito ambiental. Rio de Janeiro: FGV-Direito/Rio. 2014

CRIMES VIRTUAIS: A PRÁTICA DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

EDSON PAULO LEMOS:
bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus-
CULBRA

RESUMO: Atualmente, cada vez mais nossas atividades diárias são realizadas no ciberespaço, manuseando equipamentos eletrônicos. Portanto, é amplamente sabido que o número de usuários da Internet também está crescendo e o crime não é mais uma ameaça apenas no mundo real. Uma vez conectados à rede, nos tornamos vítimas de crimes cibernéticos. Sendo assim, o conhecimento que possibilita uma navegação segura na Internet tornou-se uma obrigação silenciosa na sociedade moderna. Com base neste problema e com o objetivo de informar sobre as armadilhas expostas no ambiente virtual e para uma navegação segura, a proteção contra crimes cibernéticos é fundamental, é a melhor alternativa para o crescimento de uma sociedade cada vez mais baseada na Internet, através uma nova geração que faz referência nas redes sociais e na web. É um artigo científico construído por meio de pesquisa de revisão bibliográfica com referência a Nutti, Martins, Vianna, Morimoto, Inellas, Pinheiro, para garantir um espaço virtual democrático na abordagem da ciência jurídica e da informática, entre outros embasados.

Palavras-chaves: Crimes cibernéticos; Internet; Crimes virtuais.

ABSTRACT: Currently, more and more of our daily activities are carried out in cyberspace, handling electronic equipment. Therefore, it is widely known that the number of Internet users is also growing and crime is no longer just a threat in the real world. Once connected to the network, we become victims of cybercrime. Therefore, the knowledge that enables safe browsing on the Internet has become a silent obligation in modern society. Based on this problem and with the objective of informing about the traps exposed in the virtual environment and for safe navigation, protection against cyber crimes is fundamental, it is the best alternative for the growth of an increasingly internet-based society, through a new generation that makes reference on social networks and on the web. It is a scientific article built through bibliographic review research with reference to Nutti, Martins, Vianna, Morimoto, Inellas, Pinheiro, to guarantee a democratic virtual space in the approach of legal science and information technology, among others.

Keywords: Cyber crimes; Internet; Virtual crimes.

1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da tecnologia da informação, a Internet provou ser uma necessidade básica para a vida humana. É uma rede de computadores interconectados em escala global, as transações comerciais podem ser realizadas a qualquer hora e em qualquer lugar, e todos podem se comunicar facilmente.

A World Wide Web não é apenas um meio de comunicação virtual, não é composta apenas pela Internet, mas também por uma rede global de indivíduos inseridos no conceito, incluindo a personalização de pessoas físicas, jurídicas, instituições e governos.

No mundo digital, o desenvolvimento da Internet não trouxe apenas um progresso positivo. Um dos eventos negativos que às vezes ocorrem no mundo virtual é o crime cibernético. A perda de espaço na Internet e as restrições de tempo podem levar à disseminação desses crimes.

Hackers podem entrar no sistema sem autorização oficial, infiltrando-se no sistema, descobrindo vulnerabilidades e usando as vulnerabilidades descobertas para lucrar. Normalmente, ele rouba ou destrói informações confidenciais e valiosas. Algumas pessoas cometem esses crimes simplesmente porque acham difícil usar suas habilidades para entrar em um sistema altamente protetor.

O desafio do ordenamento jurídico é responder com urgência aos novos desafios técnicos, sendo necessário, para além da confidencialidade e proteção dos dados, evitar que os países e a sua legislação permaneçam frágeis em termos de segurança da informação.

Em termos de metodologia, procuramos ter como objetivo a dedução e focar o tema, primeiro fazemos uma análise geral do tema e, em seguida, o definimos com base na análise do direito penal. Existem obstáculos à aplicabilidade das leis contra o crime cibernético.

Com base na natureza interdisciplinar, está sujeito à Constituição, ao direito internacional, ao direito processual penal, ao direito digital, à segurança da informação, aos direitos e princípios fundamentais em diferentes domínios, nos quais a tecnologia e os direitos de segurança da informação se aplicam à sua eficácia.

Por meio da leitura e escrita de livros e textos, artigos sobre temas de pesquisa, com foco em crimes virtuais. Depois de selecionar os materiais coletados, esses materiais têm o objetivo de informar os cidadãos com acesso à Internet, como se proteger de armadilhas cibernéticas e como seguir em frente enquanto se tornam vítimas de crimes cibernéticos.

2. CRIMES VIRTUAIS

2.1 Breve relato histórico

De acordo com o Comitê Gestor da Internet no Brasil, milhões de cidadãos já usam a Internet no país, e para pequenos criadores e novos mafiosos que diversificam seus criadores, o cibercrime é um negócio lucrativo.

A Febraban, Federação Brasileira de Bancos, é um indicador do índice de sucesso dos crimes cibernéticos e afirma que a fraude no banco eletrônico causará 95% das perdas aos bancos brasileiros.

Lima (2005, p.60) define a intrusão no sistema da Internet e posterior modificação dos dados como fraude virtual, com o objetivo de obter vantagens em bens ou em espécie, como simulação de planos eleitorais aprovados, fiscalização de demonstrações financeiras, transações bancárias, todos falsos e assim por diante.

Logo depois que os análogos russos e ingleses dos criminosos brasileiros estabeleceram um vívido mercado negro para serviços e bens, o mundo do crime online começou.

Isso reduz as barreiras de entrada e melhora a curva de aprendizado para os cibercriminosos locais, que usam seu conhecimento para atacar bancos locais e serviços de pagamento online. O malware usado em quase todo o país é gerado para ataques locais.

A razão para ter essas instalações virtuais de crime e ter tanto sucesso de certa forma é que as vítimas são geralmente as menos informadas, menos conscientes da situação e as necessidades de segurança mais específicas no uso de técnicas simples e básicas para combater os crimes cibernéticos. E o fato de que a influência social é fraca.

Ao contrário do típico submundo de língua inglesa ou russa (onde o sigilo e o anonimato são cruciais), no Brasil, o crime cibernético existe abertamente sem medo de que as autoridades policiais se aproveitem por suas dificuldades e falta de dissuasão legal, muitas vezes, sem preocupar em esconder a localização exata e de sua verdadeira identidade.

Enquanto os criminosos locais trapacearam nas transações financeiras, o cibercrime organizado no Leste Europeu poderia facilmente chamar a atenção para o real brasileiro. Ou forme uma aliança com hackers brasileiros por meio de redes sociais e fóruns na Internet, use o Google Translator para planejar ataques a instituições bancárias e governos, invadir e armazenar banco de dados de instituições de crédito de cidadãos brasileiros para uso futuro ou vendê-los para o fraudador de rede profunda.

A prática de crimes cibernéticos no Brasil é extremamente galopante em fraudes na Internet, temos o maior número de fraudes bancárias online e malware financeiro contra qualquer país do mundo, não só no sistema bancário brasileiro, mas também envolvendo roubo de moedas virtuais criminosas.

Com o aumento do número de criminosos e a aplicação ineficaz da lei e do direito penal relacionados a esses casos, o submundo do crime cibernético continua a crescer. Isso se deve a vários fatores, incluindo: baixo investimento no combate a esses crimes, falta de segurança digital adequada e falta de uma cultura voltada para a conscientização da comunidade de usuários, que geralmente não é compreendida pelos setores público e privado.

A boa notícia é que lutar contra esses criminosos, que nem mesmo precisam se preocupar em se esconder pelo anonimato, pode facilitar a aplicação da lei. No entanto, é necessário promulgar novas leis para levar os criminosos à justiça e impor-lhes sanções legais com penas proporcionais, mas severas.

Posto isto, espera-se que esta tendência acabe ou se aproxime dessa tendência e que o número de crimes seja bastante reduzido, tornando assim inativos os autores destes crimes com profundo conhecimento técnico.

2.2 Conceito de crimes virtuais

Na sociedade da informação de hoje e na nova realidade econômica que marca o processo cultural e progressivo do mundo de hoje, um ambiente digital seguro é de suma importância.

O tráfego diário na Internet aumentou significativamente. Milhares de usuários visitam vários sites para consumir muitos produtos ou serviços atualmente fornecidos por empresas digitais. No entanto, o ecossistema digital é extremamente vulnerável a ataques de criminosos digitais, ameaçando a segurança do usuário. Isso pode danificar sua propriedade ou pessoa.

Por isso, é vital que um país tenha um sistema jurídico atualizado e tenha a capacidade de proteger de fato os usuários de quaisquer atos criminosos típicos do ambiente tecnológico. Da mesma forma, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 34) afirmou:

Estamos passando por uma fase de mudança em que as conexões sociais e os dispositivos de comunicação móvel estão interagindo cada vez mais, mas estamos nos tornando cada vez mais vulneráveis a ataques no campo da privacidade. (NUCCI, 2010, página 34)

Para a ciência jurídica, o crime é um objeto de estudo de extrema importância no seu objetivo de gerar conhecimento para sua aplicação em prol do bem-estar social. A segurança de cada pessoa (pessoa no sentido amplo dos direitos humanos e também das empresas que possuem reconhecimento jurídicos a direitos e obrigações) é fundamental para preservar a paz e a ordem que favorece o desenvolvimento da humanidade.

Em primeiro lugar, deve-se fazer uma separação entre as condutas ilícitas realizadas no espaço físico e como do mundo virtual, ou seja, como condutas típicas, sejam ações ou omissões, que tenham consequências jurídicas-penais sob a teoria clássica dos crimes. São percebidos por nossos sentidos de forma imediata e natural, pelo contrário, os comportamentos ilegais perpetrados no ambiente virtual são aqueles que exclusivamente os nossos sentidos podem perceber através da utilização eletrônica cuja plataforma é comunicação essencialmente a Internet. Nesse sentido, Gabriel Cesar Zaccaria Inellas esclarece que:

A internet é uma rede de computadores, integrada por outras redes menores, comunicando entre si, os computadores se comunicam de através de um endereço lógico, de chamado IP, onde um gama de informações são trocadas, surgindo ai o problema, existe uma quantidade enorme de informações pessoais disponíveis na rede, ficando a disposição de milhares de pessoas, quando não disponíveis informações pessoais pelo próprio usuário, são procuradas por outros usuários que buscam na rede o cometimento de crimes, os denominados Crimes Virtuais. (INELLAS, 2004, p.3)

No espaço dos crimes, há os crimes cibernéticos cuja manifestação é realizada no ambiente virtual. Normalmente o nome deste tipo de crimes vem acompanhado do prefixo "cibernético" e "virtual".

De forma que se pode definir os crimes cibernéticos como condutas criminosas, que são perpetradas através do uso das diversas Tecnologias da Informação e Comunicação como computadores, celulares e da Internet, considerados prejudiciais, que violam os demais usuários dentro do ciberespaço. Neste ponto, cumpre frisar as lições do autor Augusto Rossini:

O conceito de delito informático poderia ser descrito como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou para a rede, e que ofenda, direta ou

indiretamente, a segurança de informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade. (ROSSINI, 2004, p.110).

Como ressalta Marco Aurélio Rodrigues da Costa, a maioria da doutrina define o crime de informática pelo bem protegido, conferindo uma definição incompleta. Ou seja, para ele o crime digital é "todo procedimento que atenta contra dados, que faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmitidos ou em transmissão".

Em busca de uma definição para os crimes virtuais, João Marcelo de Araújo Júnior destaca como "uma conduta lesiva, dolosa, a qual não precisa, necessariamente, corresponder à obtenção de uma vantagem ilícita, porém praticada, sempre, com a utilização de dispositivos habitualmente empregados nas atividades de informática".

Na visão de Ivette Senise Ferreira, o crime de informática é "toda ação típica, antijurídica e culpável cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão".

O crime cibernético é uma realidade indesejável em todos os países do mundo onde a tecnologia está presente, em maior ou menor grau. Segundo Guimarães e Furlaneto Neto, crime Informático é "qualquer conduta ilegal, não ética, ou não autorizada que envolva o processamento automático de dados e/ou transmissão de dados".

A principal diferença entre a delinquência tradicional e o crime digital residem na natureza do computador, estrutura de rede alcance e global. Espera-se que o crime cibernético continue aumentando devido ao aumento maciço de celulares, carros elétricos, eletrodomésticos e sistemas industriais.

3. PARTES ENVOLVIDAS

Se entende como vítima do crime cibernético qualquer usuário no ciberespaço que sofre um ataque criminoso, portanto, se as medidas básicas de segurança não forem adotadas pelo usuário, este estará em um risco latente. Deve-se ressaltar que ser apenas um usuário conectado na Internet já pode ser considerado uma vítima em potencial, e só adquire essa categoria quando o dano for perpetrado.

Para Patrícia Peck Pinheiro, "é grande a impunidade aos crimes virtuais, é dado pela cultura de que o meio digital é um ambiente criminoso, um submundo onde reina a ilegalidade" (2013, p.311).

A classificação dos agentes dos delitos virtuais tem a composição de indivíduos que, utilizando equipamentos digitais como instrumento, cometem o referido como crime. Túlio Lima Vianna entende esses crimes virtuais em cinco classes:

1. PACOTES DE SISTEMA - hackers que atacam computadores da rede;
2. PROGRAM CRACKERS - Piratas que quebram os recursos de segurança do software fornecido como parte da demonstração para usá-los indefinidamente, como se fossem cópias legais;
3. PHREAKERS - piratas especializados em telefonia móvel ou fixa;
4. Desenvolvedores de vírus, worms e cavalos de Tróia - programadores que escrevem pequenos softwares, causarão certos danos aos usuários;
5. PIRATAS DE PROGRAMAS - pessoas que clonam programas trapaceiam direitos autorais;
6. DISTRIBUIDORES DE WAREZ - webmasters que disponibilizam software em seus sites sem o consentimento dos proprietários dos direitos autorais. (VIANNA, 2001, p. 62)

Os benefícios fornecidos pela Internet (como interação automática e interconexão global) podem ser uma faca de dois gumes para a segurança cibernética, complicando a tarefa de processar agências governamentais. Além disso, as capacidades dos cibercriminosos podem exceder o nível de conhecimento e experiência da autoridade competente, portanto, a melhor arma é a prevenção e a educação em segurança eletrônica para os usuários da Internet.

Segundo Martins (2011), "os cibercriminosos são intrusos em sistemas que operam em espírito de imitação. Eles questionam seus conhecimentos técnicos e a segurança dos sistemas de informática de grandes organizações governamentais"

Segundo Reis (2015), pode ser chamado de parte, e ele categoriza os agentes que intervêm em diversos crimes cibernéticos como usuários finais da rede mundial de computadores.

Spammers; difamadores; hackers (chapéu branco) que descobrem violações em sistemas e corrigem isso em favor da segurança digital; crackers (chapéus pretos) que usam seu conhecimento técnico com más intenções para apoiar o crime cibernético; terroristas; empresas que fornecem software de segurança cibernética e segurança, como programas antivírus.

Os hackers de chapéu branco são pessoas éticas que trabalham em empresas de tecnologia e desenvolvem ferramentas de segurança digital. Quando descobrem uma vulnerabilidade em um servidor, geralmente entram em contato

com o administrador desse sistema e divulgam a vulnerabilidade encontrada para que possam consertar essa falha.

Os hackers chapéis pretos, também conhecidos como crackers e black hats, encontram e exploram brechas na segurança de servidores de agências importantes e as vendem dentro do mercado negro para empresas ou grupos de hackers que estejam interessados em obter esta falha para ter acesso à alguma informação valiosa ou danificar seu sistema. Conceitualiza o doutrinador Morimoto (2005) o que é um hacker, a seguir ilustra a diferença entre um hacker e um cracker:

Alguém que estuda sistemas ou qualquer tipo de conhecimento humano apenas para dominá-los. No significado original da palavra, hackers se referem a pessoas que usam seu conhecimento para ajudar direta ou indiretamente os outros. Os hackers foram os principais responsáveis pelo desenvolvimento da Internet, eles criaram o Linux, o MP3 e a filosofia do software livre. Hoje em dia, o termo era frequentemente usado para se referir a crackers que atacam sistemas e promovem outras modalidades de motim virtual, crianças, como sites de desfiguração ou ataques de computadores por leigos. Os hackers usam sua inteligência de maneira positiva, eles constroem, os crackers apenas destroem.

Algumas pessoas podem pensar que são profissionais com profundo conhecimento de telecomunicações ou software, mas nem sempre é assim. Assim como a Internet tende a democratizar o acesso à informação, também tende a democratizar certas atividades criminosas, mesmo que sejam aquelas quem não é especialista em computação também tem maior probabilidade de usar a Internet como meio de fraude para o crime.

Além disso, a desterritorialização permitida pela Internet favorece criminosos experientes a operar de forma mais sofisticada, tornando mais complexa a captura e apuração de crimes.

São crimes favorecidos pela tecnologia da informação ou, como outros autores os chamam, crimes informáticos inapropriados (CHAGAS, 2012). Esses procedimentos podem ser realizados por pessoas comuns sem a necessidade de muitos conhecimentos de informática (CHAGAS, 2012)

Também participa de agências governamentais especializadas no combate ao crime cibernético. Essas agências constituem agências nacionais, como o US Federal Bureau of Investigation e a National Security Agency; a Europol Europeia; e o Departamento Público Federal do Brasil, o Departamento de Polícia Federal e a

delegacia de polícia especializada em crime digital. Essas entidades têm certas funções para proteger os usuários da Internet no trabalho para prevenir crimes, reparar danos às vítimas e processar os perpetradores.

4. CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL

Segundo pesquisa da “Raising Ranking: Brazilian Cybercriminals” passagem subterrânea, conduzida pela equipe de pesquisa de ameaças do futuro da Trend Micro em 2015, apesar do desenvolvimento de ferramentas o número de crimes cibernéticos no Brasil continua a amadurecer, com táticas exclusivas ou complexas. Há evidências de que o Brasil é um dos cinco países considerado como, maior produtor mundial de crimes cibernéticos, classificado em primeiro lugar na América Latina. Talvez o que torna este mundo subterrâneo mais único do que outros mundos subterrâneos seja como os cibercriminosos brasileiros podem aproveitar as oportunidades oferecidas por redes sociais como o Facebook, YouTube, Twitter, Instagram e Skype.

Roubo de dados pessoais e fraude de cartão de crédito são as principais violações virtuais da prática do submundo brasileiro. Cavalos de tróia são nesse caso, a principal ameaça está relacionada a tecnologias baseadas em phishing, os cavalos de Tróia são populares e usados para roubar credenciais do usuário, incluindo envenenamento de DNS, janelas de navegador falsas, extensões de navegador mal-intencionadas e agentes maliciosos.

Os cibercriminosos brasileiros há muito usam golpes de phishing, os usuários falsificaram páginas de bancos para roubar suas credenciais de banco online, entre todos os Kits de ferramentas de phishing moderno, o código para gerar páginas falsas é de Site do banco genuíno. Esta ação pode ser detectada várias vezes por uma solução de segurança, às vezes, ajuda os pesquisadores a encontrar novas páginas falsas e adicioná-las ao banco de dados que enviaram a vítima para a página de phishing, ao tentar navegar para seu banco ou o site da operadora do cartão de crédito.

Depois de roubar os dados do usuário com sucesso, eles venderão aos cidadãos brasileiros e a quem se interessar no mundo, como número de celular e telefone residencial, endereço completo, nome CPF completo, número de identificação em site específico. Apesar de tentar banir este site está sob a responsabilidade do Ministério Federal de Relações Públicas e atualmente é um dos dois sites de divulgação de dados pessoais gratuitos e pagos de brasileiros, a saber www.tudosobretodos.se, seu nome de domínio está na Suécia e não no Brasil.

Outro site entrou no ar, mas depois de ter o mesmo propósito, foi bloqueado www.telphone.ninja, acredita-se que o site foi encerrado rapidamente

porque o servidor mora neste país. No entanto, atualmente, www.fenixconsultas.com.br continua ativo e realizando pesquisas.

A busca legal de dados pessoais no Brasil e a obtenção de endereço, CEP, CPF ou RG é feita pesquisando-se o nome pessoal no site www.telelistas.net e verificando se ele aparece na mensagem. Outro processo é pelo CADSUS WEB. Você pode buscar os dados pessoais de uma pessoa no Sistema Único de Saúde, no site "Cadastro Nacional de Usuários", ou pode pesquisar no site da Serasa, mas para quem tem conhecimento profundo do assunto, você deve saber que sites restritos, ou divulgações, são criados no submundo da Internet.

Doxxing é um nome técnico em um ambiente de computador no qual cookies são usados em pesquisa, a prática virtual de descobrir identidades reais e coletar dados privados de indivíduos tem objetivo de divulgar suas verdadeiras informações na Internet. Também conhecido como digitalização "exposição", geralmente relacionada a expor, intimidar ou ameaçar alguém, concorrentes ou vítimas de cyber bullying e cyber stalking.

Recentemente, a exposição dos dados foram amplamente solicitados no YouTube, e alguns canais populares até pagam por eles qualquer hacker revela uma quantidade absurda de todos os dados (incluindo nomes) Lista completa, canais anônimos ou pessoas que não são visíveis ao público à vista da cultura do cancelamento.

4.1 Aplicabilidade de leis contra os crimes cibernéticos

A legislação brasileira só estipula violações de sigilo de dados quando autorizado ou seja, as autoridades policiais ou judiciais podem fazer um pedido a qualquer prestador de serviço de aplicativo de internet, acesso log de conexão, só nele você pode saber a localização do cliente contratado do provedor de Internet que lhe concedeu o direito de uso o endereço IP específico.

Os metadados a serem salvos geralmente estão relacionados ao serviço telefônico, número de telefone, hora da chamada e serviço de Internet, endereço (E-mail) remetente e destinatário e endereço IP. Qualquer outra forma de obtenção desses dados pode tornar as evidências ilegais e as informações permanecerão falsas.

O maior obstáculo enfrentado pelas autoridades nacionais é a proteção trazida por agências governamentais. Criptografia presente em aplicativos de comunicação (como WhatsApp e Telegram) e principalmente na Deep Web, então uma auditoria completa é necessária para encontrar e identificar o log, cookie, impressão digital, número de série da placa de rede do dispositivo eletrônico

(endereço MAC) permanecer na cena do crime e monitorar as atividades e problemas na cena do crime sistema. Nesse sentido, Fernandez e Cardi (2017) ensinam:

A criação e distribuição gratuita de programas como o TOR agravaram o problema (Onion Router), que permite que as pessoas participem de "redes paralelas" conhecida como "rede profunda". Além disso, o desenvolvimento da tecnologia 3G e 4G para smartphones, que estão se tornando o principal meio de comunicação, isso torna possível a mobilidade da aquisição e distribuição ilegal de materiais e adicionar à computação em nuvem pode alcançar o verdadeiro "Armazene e compartilhe." (FERNANDES e CALDI, 2017, p. 105)

Resuma os desafios da aplicação da lei às leis de crimes cibernéticos, isso significa que, se a barreira do anonimato aumentar e houver, obviamente, criminosos cibernéticos, mas ele está localizado em um país diferente da casa da vítima, o tribunal não tem jurisdição nem jurisdição geograficamente. Então pule imediatamente a extradição de criminosos como solução, mas esse processo, ou seja, a extradição é além dos requisitos de dupla incriminação, também está cheio de seus próprios desafios, especialmente quando não há tratado de extradição ou tratado de assistência jurídica mútua entre os países sobre a custódia dos criminosos pelo requerente e pelo país.

A configuração institucional apropriada para segurança de rede irá variar em toda a rede, hora e local, dependendo da configuração e função de segurança em questão os valores universais dos participantes individuais. Em alguns casos, o setor privado pode compensar as deficiências do governo. Alguns estados podem estar aumentando a consciência de segurança dos cidadãos, enquanto outros não, mas não há dúvida a cooperação entre departamentos é o caminho geral a seguir.

O princípio da dupla incriminação deve ser observado, o que significa que pode efetivamente extraditar criminosos, o alegado crime deve ter Jurisdições que buscam extradição, se este critério não for atendido, o infrator não pode ser extraditado, temos que temer o tratamento desumano é um obstáculo à extradição.

5. CONCLUSÃO

A falta de leis universais aplicáveis ao crime cibernético é o resultado do próprio crime cibernético. Este artigo usa essa discussão como base e reitera como em outro lugar, agora, o cibercrime não cumpre nenhuma jurisdição porque o criminoso pode estar no Brasil e realizar suas ações, que terão impacto na Alemanha, nos Estados Unidos e Manchester United ou em qualquer lugar do mundo.

Precisamos ajudar os usuários a identificar mais facilmente os riscos que enfrentam, para que possam prevenir ataques, por isso faz sentido estudar este artigo. Também é possível medir o nível atual de conhecimento da população, indicando quais os cuidados que devem ser tomados para disseminar o conceito de comportamento seguro na Internet.

Demonstrar o conceito de boas práticas no uso da Internet e avaliar o nível de conhecimento das pessoas sobre os riscos de segurança associados ao uso da Internet e divulgar diretrizes para toda a sociedade.

Os cibercriminosos são oportunistas e estão sempre procurando maneiras de enriquecer ilegalmente ou em casos raros, causando sérios danos aos sistemas de computador, descritos como ladrões profissionais, especialistas em informática, criminosos e as questões envolvidas no espaço virtual, portanto, a esperteza desses criminosos não pode estar ao lado de agências, os policiais são apenas funcionários do governo, receberam treinamento insuficiente, mau remunerado, desmotivado e prestando seus serviços sem a devida proteção e segurança.

Além do treinamento instável acima, salário e Segurança e proteção no trabalho insuficientes para funcionários de agências de aplicação da lei, outro obstáculo legal é a escassez de especialistas na perseguição do crime digital, no Brasil durante o período de implantação da World Wide Web, não houve investimento necessário para combater o crime cibernético e sem o treinamento de agentes, então fica mais fácil cometer crimes na internet.

É um fato bem conhecido que mesmo que as agências de aplicação da lei tenham feito um bom trabalho na investigação de crimes cibernéticos, na fase de litígio, a experiência dos promotores ainda é muito importantes para garantir a condenação dos cibercriminosos, dependendo da promotoria provar seu caso, sem dúvida, infelizmente, este não é o caso, porque o departamento judicial do governo não tem promotores qualificados, no entanto, os cibercriminosos podem ter acesso irrestrito a advogados particulares conhecidos, que cobram taxas legais muito altas, o que não é um problema para os cibercriminosos porque eles podem facilmente pagar altos honorários profissionais a advogados altamente qualificados e especialista em prática de crime digital.

Vale ressaltar que, mesmo que haja legislação sobre crimes cibernéticos, as disposições das leis atuais não são estritas o suficiente para prevenir comportamento ilegal de cibercriminosos. Alguns exemplos são suficientes para provar este ponto sob a influência de leis não dissuasivas; na Austrália, existe o "Cybercrime Act 2001", Código Penal de 1995: violações e leis de serviços de informática e telecomunicações

todas essas disposições da Lei de telecomunicações (Interceptação e Acesso) de 1979 Além da pornografia infantil, é obrigatório um a três anos de prisão.

O crime cibernético geralmente pode ser definido como um crime ou crime facilitador através da internet. É qualquer atividade criminosa envolvendo computadores e redes, ele pode e varia de fraude a e-mail não solicitado (spam). Pode incluir roubo de segredos à distância, há governo ou empresa que cometem crimes no sistema remoto circundante Terra. O crime cibernético inclui a transferência de todo o conteúdo em arquivos de música, filmes e vídeo, jogo eletrônico rouba ilegalmente milhões de dólares de contas bancárias online, também Incluindo violações não monetárias, como a criação de vírus para serem instalados em outro lugar para distribuir informações comerciais confidenciais no computador ou na Internet.

Compreender os fatos e tendências é essencial para a prevenção do crime, e proteja os dados pessoais nos setores público e privado. Também ajuda a criar ferramentas e estratégias para combater o crime cibernético. Devido às ferramentas hoje em dia, os criminosos usam e executam crimes cibernéticos, e há cada vez mais criminosos anônimos e, portanto, difícil de identificar.

O Brasil está passando por uma revolução digital, com poucas semelhanças nos países em desenvolvimento, durante este período, o Brasil em acesso à Internet e assinantes de telefonia móvel, mais da metade deles 200 milhões de pessoas atualmente usam a Internet.

O primeiro passo é se concentrar em preencher as lacunas de conhecimento. Há uma conversa animada no Brasil sobre os muitos desenvolvimentos positivos relacionados com e-governança, cidades inteligentes, soberania digital e novas tecnologias.

Curiosamente, a questão da segurança da rede permaneceu silenciosa, ao discutir, o diálogo geralmente é reservado apenas ao governo de mais alto nível, forças armadas, agências de aplicação da lei, os estudiosos brasileiros precisam e comecem a entender melhor a dinâmica dos hackers e grupos do cibercrime, a maneira como os crimes tradicionais estão em processo de migração para a Internet, da mesma forma que as forças de segurança o departamento de segurança está adotando novas tecnologias de vigilância. Mas também significa que o Governo deve estimular estratégias de comunicação claras para debates mais amplos a necessidade de segurança digital.

O aumento do número e das oportunidades de cibercriminosos tem envolvimento em atividades ilegais altamente lucrativas e contribui para isso até certo ponto a falta de tendências e o desenvolvimento de novas ferramentas de

crime cibernético na seguinte área: Malware móvel, no entanto, a maioria dos problemas está relacionada a padrões e práticas de segurança digital para empresas e indivíduos. Uma grande parte das atividades do crime cibernético também envolvem a reciclagem contínua de tecnologias relativamente antigas, adequando-se para soluções de segurança ainda não amplamente adotadas.

Em 2017, vimos a evolução das tendências estabelecidas no cibercrime, como ameaça o ransomware continua a crescer e agora se expandiu para áreas como saúde, o abuso no comportamento linear das crianças continua a ser uma alta prioridade para todos os países e regiões. Estabelecer cooperação internacional é uma parte importante da estratégia Protetora as crianças e identifique vítimas e pedófilos.

A crescente comunidade do cibercrime conseguiu explorar mais a dependência da tecnologia e da Internet que está aumentando, além dos crimes expostos por esta obra, as atividades relacionadas ao tráfico de pessoas também passaram por mudanças significativas, terrorismo e outras ameaças na Internet. Em resposta, seja responsável as agências de aplicação da lei que melhoraram suas habilidades de trabalho e a parceria entre a indústria e a mídia melhorou significativamente.

Instrumentos legais e mecanismos técnicos são instrumentos fundamentais para atingir esse objetivo, fortalecer as leis nacionais e a cooperação são armas contra o crime no ambiente digital, mas e mais o abuso do anonimato legal e dos serviços de criptografia para fins legítimos ainda existe um grande desafio para a detecção, investigação e acusação de criminosos.

Um dos riscos é que o excesso de regulamentação pode sufocar o desenvolvimento, comércio e tecnologia em países em desenvolvimento e aqueles que são céticos os intervencionistas também acreditam que o mercado poderá fornecer medidas para prevenir crime eficaz e soluções eficazes para resolver o problema do crime cibernético do que o próprio país. Na verdade, o presente trabalho não tenta esgotar os temas propostos porque, essa complexidade será impossível, na verdade é mais voltado para a promoção de refletir em vez de dar uma resposta, de modo a que se procure a base teórica do problema.

Considerando a natureza das provas, ou seja, a necessidade de provas forenses no processo de crime cibernético, ao invés da coleta de provas em crimes terrestres, não é particularmente barato investigar devido aos equipamentos, materiais e conhecimentos de alta tecnologia envolvidos na implementação desses métodos.

De tudo o que foi exposto, é óbvio que o estatuto jurídico não é suficientemente restrito, e mesmo que as leis existentes sejam aplicadas, isso não afetará ou dificilmente afetará Cibercriminosos, porque a lei não pode impedir que criminosos violem a lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CENTRO UNIVERSITÁRIO "ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO" de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p

CGI. TIC Kids online Brasil 2015: **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil.** São Paulo: Comitê Gestor de Internet no Brasil, 2016.

CHAGAS, Fernando Vinicius de Souza. **Estelionato eletrônico: necessidade de tipificação?** Disponível em: <http://www.meuadvogado.com.br/entenda/estelionato-eletronico-necessidade-de-tipificacao.html>

COLLI, Maciel. Cibercrimes. **Limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos.** Curitiba: Juruá Editora. 2010.

COSTA, Marcos Aurélio Rodrigues. **Crimes de informática.** Disponível em: Revista eletrônica Jus Navigandi. Site: <http://www.jus.com.br/doutrina/crinfo.html>

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DAOUN, Alexandre Jean. **Crimes informáticos: direito eletrônico: a internet e os tribunais.** Bauru: Edipro, 2001, p. 206.

DE SOUSA, Danilo Dimas. **Crimes Virtuais Contra Honra.** Clube de Autores, 2016.

Fernandes, Simone dos Santos Lemos; CALDI, Valéria. **Do Reflexo do Desenvolvimento das Novas Tecnologias de Informação na Prática de Crimes contra Crianças e Adolescentes.** Conforme SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.) Crimes Cibernéticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Crimes na Internet.** 2º ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009

KLEIN, Soeli Claudete. **Engenharia social na Área da Tecnologia da Informação.** 2004. 63p., Monografia (trabalho de Ciências Exatas e Tecnológicas, Centro Universitário Feevale. Novo Hamburgo, RS. 2004

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. Campinas, SP: Ed. Millennium, 2005.

LISKA, Allan; GALLO, Timothy. **Ransomware: Defendendo-se da extorsão digital**. Editora Novatec, 2017.

M294 Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos. [e-book] / coordenação, Linda Carla Vidal Bulhosa Gomes. 2. ed. Universidade Católica do Salvador, Sistema de Bibliotecas. – Salvador: UCSal, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords). **Direito digital: direito privado e internet**. 3. Ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

MORIMOTO, Carlos E. **Dicionário Técnico de Informática**. 3ª Ed., 2005. Disponível em: www.guiadohardware.net. Acessado em: 23 nov 2020.

NETO, Mário Furlaneto; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Crimes na internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero20/artigo9.pdf>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal- v. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4.ed.rev.,atual.e ampli. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos, BRANDÃO, Luiza Couto Chaves. **Governança global da internet, conflitos de leis e jurisdição [recurso eletrônico]**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018. Disponível em: http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Governanca_global_da_internet_IRIS.pdf. Acesso: 15 nov 2020

RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2009.

REIS, Wellington José dos. **Internet 11: navegação prática e segura**. 1.ed. Santa Cruz do Rio Pardo - SP: Editora Viena, 2015.

ROQUE, Sergio Marcos. **Crimes de informática e investigação policial**. São Paulo: Justiça penal,2000.

VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos de Direito Penal Informático**. Rio de Janeiro:

WENDT, Emerson e NOGUEIRA JORGE, Higor Vinicius. **Crimes Cibernéticos, Ameaças e procedimentos de investigação**. São Paulo, Editora Brasport, 2013. 2ª Edição.

DISCUSSÃO SOBRE REQUISITOS DE HABILITAÇÃO FISCAL PARA PARTICIPAÇÃO DOS FUNDOS DE INVESTIMENTOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

FERNANDO BERNARDI GALLACCI:

Advogado de infraestrutura e regulatório do Madrona Advogados. Professor visitante do MBA de Saneamento Ambiental da FESP/SP. Mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP.

Resumo: É tempo de discutir a participação de fundos de investimento nas contratações públicas, considerando a ótica dos debates sobre desburocratização no Brasil. Entende-se importante considerar a natureza jurídica e características do regime jurídico dos fundos de investimento, analisando sua compatibilidade com os instrumentos licitatórios e com a hermenêutica da legislação. Especificamente, este artigo buscará discutir a exigência de comprovação pelos fundos de investimento de regularidade perante o FGTS para fins de habilitação em contratações públicas. Analisar-se-á a legislação de fundos de investimento e aquela aplicável às licitações para avaliar a pertinência desta exigência, levantando experiências empíricas de editais, assim como literatura aplicável a licitações. Ao final, confirma-se a hipótese de incompatibilidade desta exigência para as hipóteses dos fundos de investimento, exigindo-se revisitar o tema nos editais de licitação.

Palavras-Chave: Licitação, Habilitação, Fundos de Investimento, FGTS.

Abstract: It is about time to discuss investment funds participation in public procurements, especially regarding the simplification of process in Brazil. It is paramount to investigate the funds' legal nature and characteristics as well as the understandings regarding public procurement regulation. Specifically, this article aims at debating the requirement that all bidders shall submit regularity proof regarding labor contributions to FGTS. The analysis herein will focus on assessing Brazilian regulation on investment funds and public procurement, incorporating some empirical experiences as well as literature regarding auctions in Brazil. At the very end, we confirm the hypothesis that such requirement should not apply to investment funds, demanding adjustments for future biddings.

Keywords: Public Procurement, Bidders' Qualification, Investment Funds, FGTS.

Sumário: 1 - Introdução; 2 – Natureza jurídica dos Fundos de Investimento e sua incompatibilidade com a exigência de habilitação ligada ao FGTS; 3 – Das Discussões Práticas do Problema envolvendo o FGTS e os Fundos de Investimento em Contratações Públicas; 4 – Conclusões; 5 – Referências Bibliográficas.

1 – Introdução

Longe de encerrar os debates, a promulgação da Nova Lei de Contratações Públicas (Lei nº 14.133, de 2021)¹²⁵ deu azo a discussões sobre formas de simplificar os procedimentos de contratação pela Administração. A principal pauta parece ser a eliminação de heranças burocráticas da Lei nº 8.666/1993¹²⁶, permitindo a ampliação de competição saudável entre diversos interessados em contratar com a Administração Pública.

Nessa esteira entendemos ser necessário debater com maior profundidade as exigências licitatórias para fins de participação de fundos de investimento em processos de contratações públicas, principalmente quando falamos de grandes projetos de infraestrutura. Afinal, estas contratações não só demandam vultosos investimentos do mercado privado, como também carregam peculiaridades na sua modelagem, por exemplo, com a comum exigência de constituição, pelo licitante vencedor, de uma sociedade de propósito específico para atuar como concessionária¹²⁷. Ou seja, quem vence a licitação costuma constituir outra empresa para assinar o contrato de concessão ou PPP.

Aliás, foi neste cenário dos grandes projetos de infraestrutura que a participação dos fundos de investimento aparenta ter ganhado destaque na dinâmica das contratações públicas¹²⁸. Por exemplo, o ano de 2016 foi marcado pela participação de fundo sob capitaneado pela gestora Pátria Investimentos na licitação para outorga de concessão rodoviária pelo Governo do Estado de São

125 Fruto do Projeto de Lei nº 4253/2020, substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nº 163, de 1995; e 559, de 2013.

126 A Lei nº 8.666/1993 não perdeu completamente sua vigência com o advento da Lei nº 14.133/2021, pois esta última norma previu um período de adaptação de 2 (dois) anos, durante o qual a Administração Pública poderá escolher a norma utilizada para processar suas contratações.

127 Ver, por exemplo, exigência do art. 9º da Lei nº 11.079, de 2004. Sobre a exigência legal vale citar as palavras de Maurício Portugal e Lucas Navarro, que esclarecem “A Lei de PPP inova, nesse aspecto, em relação ao marco legal das concessões comuns. Embora os editais relativos às concessões comuns já viessem exigindo a constituição de SPE como condição para celebração do contrato de concessão comum, tratava-se de uma opção para Administração, que podia incluir ou não a obrigação no edital. Para PPPs, no entanto, a constituição de SPE, antes da celebração do contrato, é uma obrigação independentemente do disposto no edital” (cf. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 243).

128 Ver comentários de MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca. *Habilitação jurídica de fundos de investimento em licitações*. In: <<https://jus.com.br/artigos/79792/habilitacao-juridica-de-fundos-de-investimento-em-licitacoes>>. Acessado em 31.03.2021.

Paulo¹²⁹. A partir de então diversos editais têm buscado permitir a participação destes agentes¹³⁰, cujo apetite para o mercado de infraestrutura aponta ser, a princípio, promissor. Tudo porque, com a mudança de papel dos Bancos Públicos, de financiadores para estruturadores, é tida como certa a necessidade de mecanismos de captação de recursos no mercado de privado para financiamento dos projetos de infraestrutura. E os fundos de investimento fazem parte desta nova narrativa por serem veículos de captação de valores privados.

Contraditoriamente, até agora os fundos de investimento não tiveram qualquer atenção do legislador para os processos de contratação pública. Ao contrário das micro e pequenas empresas, que detêm tratamento legislativo específico para contratações com o Poder Público, por exemplo, por meio de regra própria para margem de preferência¹³¹, a participação dos fundos de investimento nas licitações públicas é regrada exclusivamente pelos editais de cada certame.

E para que os instrumentos convocatórios viabilizem a participação de fundos de investimentos nos certames é preciso entender, logo de largada, as peculiaridades legais destes veículos de investimento, considerando tais características quando da fixação das exigências para cada licitação. Esta é a única forma de interpretar adequadamente a legislação e adequar editais para fomentar a competição advinda dos fundos de investimento.

Acontece que, não raro, problemas de interpretação das normas legais geram exigências editalícias desconexas da realidade funcional dos fundos de investimento, criando confusão e afastando a participação destes fundos nas licitações com o Poder Público. Aqui talvez um dos maiores exemplos de pontos que precisam ser repensados para futuras licitações envolve a solicitação de certidões e/ou declarações para comprovar regularidade dos interessados perante o Fundo Garantidor de Tempo de Serviço (FGTS). E isso porque o recolhimento de valores ao FGTS é obrigação de empregadores. Mas será que os fundos de investimento podem

¹²⁹ Licitação envolvendo a rodovia do Lote Centro-Oeste Paulista, cujos documentos encontram-se disponíveis no seguinte endereço eletrônico (acessado em 30.03.2021): < <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/113> >.

¹³⁰ Por exemplo, nas PPPs para iluminação pública dos municípios de Porto Alegre/SC, Teresina/PI, Aracaju/SE, Belém/PA, Franco da Rocha/SP, Sapucaia do Sul/SC, Feira de Santana/BA. Também convém destacar a previsão para participação de fundos de investimento nos leilões de saneamento, como aquele patrocinado pela CORSAN e do certame promovido pelo Governo do Estado do Alagoas para a Região Metropolitana de Maceió. Também há menção aos fundos de investimento em todas as últimas licitações de concessão e/ou PPP do Governo do Estado de São Paulo.

¹³¹ Cf. *v.g.* Lei Complementar nº 147, de 2014.

ser considerados empregadores para que lhes seja exigida comprovação de regularidade perante o FGTS no âmbito de licitações públicas?

Este é o problema específico que este artigo buscará analisar. Partimos da hipótese de que os fundos de investimento não são empregadores, tampouco podendo ser equiparados a empregadores para fins de participação em certames licitatórios. Entendemos que a exigência de certidões de regularidade do FGTS perante os fundos de investimento é fruto da cultura garantista da legislação de contratações públicas¹³², mas cujos efeitos acabam por privilegiar a burocracia em face da efetiva competição pela proposta mais vantajosa à Administração.

Para avaliar o problema e a hipótese de trabalho, buscaremos (i) demonstrar a origem legal da exigência de regularidade dos licitantes perante o FGTS para as contratações públicas, passando (ii) pela análise da natureza jurídica dos fundos de investimento, bem como (iii) pela demonstração de que este tipo de discussão já encontra respaldo na rotina administrativa das grandes licitações brasileiras. Será adotado método de análise legislativa, com uso da literatura de contratações públicas para apoiar a leitura das normas, acompanhando-se, adicionalmente, da análise empírica de editais e discussões administrativas no circuito licitatório de projetos de infraestrutura, conforme pesquisa realizada nos instrumentos cujo certame foi realizado na B3 (B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão)¹³³.

Passaremos a detalhar os contornos jurídicos desta discussão, buscando demonstrar o porquê parece acertado repensar as exigências editalícias, sendo descabida a exigência de prova de regularidade perante o FGTS para os fundos de investimento participarem de licitações públicas. Em verdade, busca-se demonstrar que essa exigência parece ser burocracia desarrazoada, que precisa ser revisitada nos editais, sob pena de afastar legítimos interessados do mercado.

II – Origem da exigência de regularidade perante o FGTS

132 Sobre da cultura brasileira em contratações públicas, recomendamos ver, por exemplo, ROSILHO, André. O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle. In: *Contratações Públicas e Seu Controle*. Org. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, pp.144-151.

133 A B3 detém plataforma eletrônica com informações de todos os procedimentos licitatórios realizados no ambiente da bolsa de valores, permitindo levantamento atualizado das práticas de grandes projetos de infraestrutura e concessão de serviços públicos. Maiores informações podem ser acessadas no seguinte endereço eletrônico: <http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/leiloes/licitacoes-e-alienacoes/operacoes/em-andamento-e-anteriores/>. Acessado 12.04.2021.

Como sabido, o art. 29, inc. IV da Lei nº 8.666/1993 exige a comprovação de regularidade perante a Seguridade Social e perante o FGTS¹³⁴. Dispositivo semelhante está prescrito na Nova Lei de Contratações Públicas, no art. 68, inc. IV para sermos mais exatos¹³⁵. O art. 27, alínea “a” da Lei de criação do FGTS (Lei nº 8.036/1990) segue o mesmo racional, afirmando pela obrigatoriedade de apresentação de certificado de regularidade para fins de habilitação em licitações públicas¹³⁶. A princípio, as exigências legais advêm de comando constitucional, positivado no art. 195, § 3º da Constituição de 1988¹³⁷⁻¹³⁸.

A ideia é clara: só pode contratar com o Poder Público, seja para o que for, quem estiver regular com suas obrigações de seguridade social, entre elas o recolhimento dos valores devidos pelos empregadores ao FGTS, haja vista exigência prescrita em lei para aqueles que são considerados empregadores (ou a eles equiparados pela legislação). Com isso, a legislação infraconstitucional privilegia o recolhimento de valores ao Estado e à coletividade ao exigir, para fins de qualificação fiscal, a comprovação de regularidade perante o FGTS.

Em complemento, a literatura jurídica predica que a habilitação licitatória deve extirpar aqueles interessados que não detêm condição para realizar boas contratações com o Poder Público. Mais que isso, no caso da qualificação fiscal, a

134 Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (...) IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

135 Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a apresentação de documentação apta a comprovar: (...) IV – a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

136 Art. 27. A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido na forma do regulamento, é obrigatória nas seguintes situações: a) habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município;

137 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

138 O art. 195 somente menciona débitos perante a seguridade social, com intuito fiscal. Entendemos não ser o caso de discutir aqui a constitucionalidade da exigência de regularidade de débitos perante o FGTS, tampouco debater a sua natureza perante o dispositivo constitucional. Basta dizer que a matriz constitucional de regularidade social é normalmente utilizada para abranger as obrigações perante o FGTS, motivo pelo qual a exigência para muitos autores retira validade constitucional do referido art. 195, § 3º da Constituição Federal. Nesse sentido ver, por exemplo, MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, pp. 189-192.

habilitação deveria fazer cumprir com princípio de solidariedade social, forçando os interessados a firmar contratos com a Administração a manterem sua regularidade no recolhimento de tributos e, especificamente no nosso caso concreto, em face do recolhimento dos valores devidos ao FGTS.

Para Carlos Ari Sundfeld¹³⁹, a fase habilitatória objetiva eliminar licitantes que, em função das suas condições subjetivas, não oferecem segurança quanto ao futuro cumprimento do contrato. Para o autor, não seria impróprio excluir quem não cumprisse com suas obrigações tributárias, pois tal postura deteria o condão de prejudicar a futura execução contratual, além de premiar aqueles que descumprem com obrigação legal.

Acontece que a origem de comprovação da regularidade junto do FGTS parece estar um pouco deslocada desta visão puramente tributária. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já firmou o entendimento de que o FGTS não possui natureza tributária ou previdenciária¹⁴⁰. Tanto é assim que a Corte vem deixando de conhecer matéria constitucional quando surgem discussões sobre o tema da natureza jurídica do FGTS, por vezes afastando o reconhecimento de repercussão geral da matéria¹⁴¹.

Este ponto *per se* já põe em dúvida as tradicionais lições da doutrina que tratavam o FGTS como integrante indubitável da categoria legal de qualificação fiscal, justificando sua exigência para fins licitatórios como algo natural advindo da solidariedade coletiva, intrínseca ao recolhimento de impostos e contribuições ao Estado.

Ademais, desmistificando a imprescindível exigência de prova de regularidade perante o FGTS quando da submissão e análise da habilitação licitatória¹⁴², temos que a legislação ordinária previu exceção na qual os documentos de regularidade fiscal poderiam ser apresentados pelos interessados posteriormente, quando da assinatura dos contratos. É o caso da regulação das micro e pequenas empresas que permitiu, conforme o art. 42 da Lei Complementar 123, de 2006, a flexibilização da demonstração de regularidade fiscal na fase de habilitação, podendo ser suprida antes da contratação. Tudo porque, a base constitucional da regularidade fiscal estaria no art. 195, § 3º da Constituição que, discussões a parte sobre sua aplicação

¹³⁹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994, p. 123.

¹⁴⁰ ARE nº 709.212/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 13.11.2014.

¹⁴¹ Vide STF – RG RE: 1050346, SC – Santa Catarina, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 04.08.2017.

¹⁴² Como defender, por exemplo, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014.

ao FGTS, somente exige a inexistência de débitos perante o sistema de seguridade social como critério para contratação com o Poder Público, e não para participar de licitações.

Não há na Constituição exigência expressa para solicitarem-se documentos na fase de habilitação. Isso quem trouxe foi a legislação ordinária, buscando atender ao comando constitucional. E, nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello, reforçando lições de Adílson Dallari¹⁴³, a construção de requisitos habilitatórios não pode aportar solicitações de rigor prejudicial à competitividade e à boa contratação pela Administrativa. Vejamos:

Na fase de habilitação a promotora do certame deve se abster de exigências ou rigorismos inúteis. Isto bem se entende à vista das considerações enunciadas em acórdão que, no dizer do eminente Adílson Dallari, já se tornou clássico: “Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”.

Como pode ser visto da transcrição, é preciso muito cuidado na hora de formular exigências habilitatórias. Como vimos, às vezes os fundamentos da doutrina para certos assuntos não se coadunam completamente com a orientação jurisprudencial ou com a legislação atualizada, atraindo dupla atenção ao tema.

Além disso, como será demonstrado abaixo, a fixação de exigência de regularidade perante o FGTS, como norma infralegal, precisa observar outras legislações de igual hierarquia, considerando principalmente a natureza jurídica de cada interessado em contratar com o Poder Público. Do contrário, poder-se-á alijar a concorrência dos certames ou mesmo imputar ônus desnecessário para determinados agentes. Parece ser o caso das exigências editalícias de regularidade perante o FGTS envolvendo fundos de investimento.

2 – Natureza jurídica dos Fundos de Investimento e sua incompatibilidade com a exigência de habilitação ligada ao FGTS

¹⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 601.

De início, convém esclarecer que os fundos de investimento não detêm personalidade jurídica, tampouco contratam empregados. Os fundos de investimento contratam prestadores de serviços, por meio dos seus administradores, e, conforme o caso, por meio dos seus gestores e/ou consultores especializados. Adicionalmente, salvo melhor juízo, não há legislação que equipare os fundos de investimento a empregadores para fins da legislação trabalhista e/ou previdenciária. Como então é possível pensar na exigência de comprovação de regularidade perante o FGTS em face dos fundos de investimento?

Para darmos seguimento ao tema, ainda preciso explicar noções dos contornos legais destes fundos. E, nesse sentido, cabe deixar claro que a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) incluiu no Código Civil dispositivo que esclarece expressamente que os fundos de investimento correspondem a *"uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza"*. Ou seja, apesar de deterem regulamentos próprios emitidos pela Comissão de Valores Mobiliários (v.g. ICVM nº 578 para os FIPs e a ICVM nº 356 para os FIDCs), a natureza jurídica dos fundos de investimento tende a ser a mesma, qual seja, aquela de um condomínio criado para administrar a comunhão de bens e direitos de determinado grupo de cotistas. São veículos de investimento, sem personalidade jurídica.

Embora tenham inscrição no CNPJ, os fundos de investimento não são pessoas jurídicas. Como adiantado, a representação de cada fundo é normalmente realizada pelo seu administrador, o qual poderá contar com apoio de um gestor, de um consultor especializado e/ou, ainda, de um comitê de investimentos. Em todos os casos, nenhum destes agentes é empregado do fundo. Todos são prestadores de serviços. Em regra, os cotistas não deliberam sobre os investimentos ou sobre questões rotineiras da administração do fundo. Este papel é dos prestadores de serviço de cada fundo, na forma do administrador, gestor etc.

Dito isso, simplesmente não parece ser razoável equiparar os fundos de investimento a *"empregadores"* para fins licitatórios, exigindo certidões do FGTS em nome dos fundos. Não há sentido lógico, tampouco jurídico. A Lei nº 8.036/1990 aloca tão somente aos *"empregadores"* a obrigatoriedade de recolhimento dos valores devidos ao FGTS, definindo como *"empregador"* a *"pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade*

solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se". É dizer, para ser "empregador", em regra, é preciso que haja uma pessoa, seja jurídica, seja física.

Não por outro motivo que o artigo 2º da CLT é claro ao afirmar que "*considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva (...)*" equiparando-se ao conceito de empregador "*os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados*". Isto é, aqui também o empregador precisa ser uma pessoa física ou jurídica. Pode ser uma empresa holding, sem atividade operacional. Mas precisa ser pessoa jurídica. E nem poderia ser diferente, visto que toda relação de emprego necessariamente precisa apresentar elementos específicos, dentre os quais arrolamos "pessoalidade" e "subordinação"¹⁴⁴.

Se o ente é um fundo de investimentos, representando uma comunhão de bens e direitos, sem personalidade jurídica, como poderá haver qualquer relação de pessoalidade e subordinação entre o fundo e eventuais empregados?

Casos excepcionais são especificamente criados pela legislação trabalhista para regradar situações em que entes despersonalizados figurem como empregadores e arquem com as responsabilidades de tal categoria. É o caso, por exemplo, dos condomínios prediais, conforme regulado pela Lei nº 2.757/1956145. Não parece ser o caso dos fundos de investimento cuja atuação não implica na contratação de empregados, mas sim de prestadores de serviços, e cuja legislação não parece prever lei semelhante àquela dos condomínios prediais, deixando, portanto, de equiparar os fundos de investimento a empregadores para fins de obrigações trabalhistas e/ou previdenciárias.

Se os prestadores de serviços contratam empregados para prestarem serviços ao fundo é outra história, que não deveria afetar os fundos tomadores dos serviços¹⁴⁶. A relação de emprego não comunica aos tomadores de serviços, mas tão somente aos empregadores diretos, principalmente se considerarmos fundos

¹⁴⁴ Cf. se depreende do *caput* do art. 3º da CLT.

¹⁴⁵ Art. 2º São considerados representantes dos empregadores nas reclamações ou dissídios movimentos na Justiça do Trabalho os síndicos eleitos entre os condôminos. Art. 3º Os condôminos responderão, proporcionalmente, pelas obrigações previstas nas leis trabalhistas, inclusive as judiciais e extrajudiciais.

¹⁴⁶ Não se discute aqui eventual decisão judicial que integre os fundos de investimento no grupo econômico de pessoas jurídicas empregadoras, pois, novamente, o importante é que os fundos per se não são empregadores, tampouco são equiparados a empregadores pela legislação positiva.

com altas exigências de *compliance* ESG¹⁴⁷ em suas relações com seus prestadores de serviços.

Não bastassem os argumentos acima, cumpre esgrimir outro elemento aplicável aos fundos de investimento nas contratações de grandes projetos de infraestrutura. Nestes casos, como esclarecido anteriormente, há rotineira obrigação de que o licitante vencedor constitua uma sociedade de propósito específico para servir de concessionária. Os fundos de investimento não podem servir de concessionários. Por força do ordenamento jurídico brasileiro, cabe aos fundos tão somente investir em sociedades, valores mobiliários, ativos financeiros, direitos creditórios etc. A sociedade de propósito específico é a pessoa jurídica que precisa de registro perante o FGTS, por ser empregadora, sendo esta sociedade quem irá contratar com o Poder Público após processado o certame.

Logo, é forçoso reconhecer que qualquer atuação de um fundo de investimento numa licitação de infraestrutura careceria do investimento do fundo numa sociedade de propósito específico, cuja documentação de regularidade fiscal deverá, por força do art. 195, §3º da Constituição, ser demonstrada para assinatura da avença, e não necessariamente na etapa de habilitação. Inexistiria, pois, ausência da comprovação de regularidade fiscal daquele que assina o contrato com o Poder Público, ainda que seu controlador ou acionista não tenha documentação perante o FGTS já que configura fundo de investimento – e não o teria por todos os motivos expostos acima!

Diante do exposto, não parece haver sentido lógico-jurídico em se exigir qualquer certificado de regularidade dos fundos de investimento perante o FGTS como requisito para que estes contratem com a Administração Pública. E nem se venha argumentar que seria o caso, então, de os fundos de investimento apresentarem em licitações respectivas Declaração de Ausência de Fato Gerador para Recolhimento de FGTS. Estas declarações constam do site de perguntas e respostas que a Caixa Econômica Federal desenvolveu para acompanhamento e gestão do FGTS, e são devidas exclusivamente pelos “*empregadores*” que de fato não recolhem FGTS¹⁴⁸. São declarações devidas para o caso, por exemplo, de uma empresa

147 A sigla ESG corresponde a padrões de administração empresarial que considerem medidas para promoção de impactos positivos no meio ambiente, no meio social e na governança empresarial.

148 In *verbis* o trecho do site: “*O que deve fazer o empregador que não possui empregado com direito ao recolhimento do FGTS para obter o ateste de sua regularidade perante o FGTS? Para competências até dezembro 1998 inclusive, deve apresentar declaração de inexistência de empregados, informando o período para o qual não havia empregados que fizessem jus ao recolhimento do FGTS ou que não havia empregados contratados. Para competências a partir de janeiro 1999 devem ser apresentados os relatórios Declaração de Ausência de Fato Gerador para Recolhimento de FGTS, SEM MOVIMENTO, gerado por meio do SEFIP, código 115, para ausência*”

holding não operacional. Mas não nos parece ter relação com hipótese envolvendo fundos de investimento. Afinal, os fundos de investimento não são empregadores, haja vista que sequer são pessoas jurídicas ou físicas, tampouco detém legislação que os equipare a empregadores para fins trabalhistas e/ou previdenciários. Por não estarem sujeitos ao recolhimento de valores ao FGTS simplesmente deveriam ser dispensados de apresentar qualquer documentação para comprovar sua regularidade neste campo.

Embora todos os argumentos lançados acima pareçam afastar quaisquer dúvidas sobre o tema, a prática parece demonstrar haver bastante terreno para debater juridicamente a inaplicabilidade da exigência ora analisada para os fundos de investimento. Passaremos sobre isso no próximo tópico.

3 - Das Discussões Práticas do Problema envolvendo o FGTS e os Fundos de Investimento em Contratações Públicas

Na linha daquilo que foi abordado na introdução deste artigo, diversos editais de licitação de projetos de infraestrutura vêm permitindo a participação de fundos de investimento, mas radicalmente em todos os casos há exigência da necessária comprovação de regularidade perante o FGTS como condição de habilitação, inexistindo qualquer tratamento diferenciado para os referidos fundos. Estes agentes (os fundos) são tratados como se empresas fossem para fins da qualificação fiscal nos certames.

E o pior de tudo é que, infelizmente, a Caixa Econômica Federal, gestora do FGTS, vem admitindo o registro de fundos de investimento no cadastro de empregadores do FGTS, o que permite em algumas situações a emissão da certidão de regularidade solicitada pelos Editais. Isso, ao nosso ver, não serve para argumentar pela legalidade ou viabilidade da exigência editalícia. Pelo contrário, é um verdadeiro problema operacional que decorre do desconhecimento de todo o racional exposto neste breve ensaio. Em nossa opinião, esta questão deveria ser repensada ou, no mínimo, posta em debate.

É preciso ficar mais que claro que a exigência de comprovação de regularidade do FGTS em nome do fundo gera custo burocrático, expondo os fundos a riscos de equivocada atribuição judicial de encargos trabalhistas e/ou previdenciários, tal como se empregadores fossem os fundos. Se mantidas as exigências de regularidade perante o FGTS para fundos de investimento, o resultado poderá ser o afastamento

de fato gerador de FGTS e INSS, ou o relatório Resumo das informações à Previdência Social constantes do arquivo SEFIP, por competência, para a comunicação de ausência de fato gerador de FGTS, com presença de INSS - categorias 11 a 16, código 115, Modalidade 1; os relatórios devem vir acompanhados do Protocolo de transmissão via Conectividade Social".

de diversos interessados, seja porque não deterão a certidão há tempo para os certames (já que não estavam cadastrados anteriormente pois não estão acostumados com essa exigência), seja porque sequer realizarão a inscrição perante o FGTS com apreensão de que, se o fizerem, irão atrair regime trabalhista equivocado à sua natureza jurídica, incorrendo, adicionalmente, em custos operacionais para envio de relatórios e informações ao gestor do FGTS.

Prova que o tema é controverso foi a discussão administrativa em face habilitação realizada no certame de Parceria Público-Privada da Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN, para outorga dos serviços de esgotamento sanitário em bloco de municípios, com valor estimado de contrato na ordem R\$ 9 bilhões de reais¹⁴⁹. O projeto foi modelado com apoio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, contando com time de consultores para apoiar a licitação.

Na ocasião, o consórcio vencedor detinha como integrante um fundo de investimentos que não apresentou certidão de regularidade perante o FGTS, gerando questionamentos pelo segundo colocado sobre a necessidade de apresentação do certificado de regularidade. Ouvidas as licitantes, a comissão de licitação manteve a habilitação do consórcio vencedor por entender descabida a referida exigência perante os fundos de investimento.

Os argumentos utilizados na ocasião foram estruturados no sentido de que o fundo de investimento não detinha empregados e conseqüentemente não poderia ser considerado um empregador, deixando de ter obrigação de cadastro no FGTS. A apresentação de print da tela do cadastro online, acusando que o fundo não estava cadastrado no FGTS, seria suficiente para atestar a regularidade do interessado. Inexistindo cadastro, empregados e a condição de empregador não seria legítimo exigir do fundo a apresentação de documentação perante o FGTS. O fundo já estaria regular, pois inexigível conduta diversa pela legislação. Reconheceu-se, portanto, o excesso de formalismo na exigência de documentação do fundo perante o FGTS, permitindo que a licitante competisse no certame.

Acertada foi a decisão ao nosso ver. Ainda que se entenda pela base constitucional do FGTS no art. 195, §3º da Constituição Federal, não houve inconstitucionalidade na ação administrativa. Foi comprovada a inexistência de débitos perante a seguridade social à época da licitação e, posteriormente, com a constituição da sociedade de propósito específico, precisou-se fazê-lo novamente

¹⁴⁹ Informações da licitação estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.editais.corsan.com.br/index.php?op=1&edital=3881>>. Acessado em 31.03.2021.

para assinatura, pela concessionária, do contrato de PPP. Tudo indica não ter havido qualquer prejuízo ao Poder Público contratante, inexistindo qualquer ilegalidade.

Reitera-se que os fundos de investimento detêm peculiaridades jurídicas que precisam ser consideradas nos editais licitatórios. Não é possível se exigir certidões de regularidade perante o FGTS dos fundos de investimento, sob risco de prejudicar seu interesse em participar no certame. Mais que isso, a legislação de contratações públicas não pode ser interpretada de forma a exigir este tipo de documento dos fundos de investimento.

Nos dizeres de Irene Patrícia Nohara¹⁵⁰, "*o excesso de formalismo, que é imputado à Lei de Licitações, nem sempre é um problema que decorre diretamente do diploma legislativo, mas de sua equivocada interpretação ou aplicação*". Pois o caso dos fundos de investimento e a exigência de certidão de regularidade perante o FGTS constitui exemplo disso. A leitura sistêmica da legislação deixa muito clara a viabilidade jurídica (verdadeiro comando legal) de não se exigir certidões do FGTS para a participação dos fundos de investimento em licitações públicas. A cultura burocrática e desconfiada daqueles que lideram os processos licitatórios é que faz tais requerimentos. E isso precisa mudar.

4 – Conclusões

Diante do exposto, a exigência de apresentação de regularidade perante o FGTS deve ser revista nos editais de contratações públicas, modulando o requerimento nos casos em que se admita a participação dos fundos de investimento. Comprovou-se aqui a hipótese do trabalho no sentido de que os fundos de investimento não são empregadores, tampouco podendo ser equiparados a empregadores para fins de participação em certames licitatórios. A exigência comprovação, pelos fundos de investimento, de regularidade perante o FGTS não parece encontrar respaldo no ordenamento jurídico, especulando-se advir da cultura garantista da legislação de contratações públicas, mas cujos efeitos acabam por privilegiar a burocracia em face da efetiva competição pela proposta mais vantajosa à Administração.

A regularidade dos fundos de investimento perante o FGTS pode muito bem ser atestada mediante a apresentação de certificado de regularidade emitido em nome do administrador do fundo (e/ou talvez do seu gestor e/ou outro prestador de serviços), mas não do fundo em si. Cumprindo-se esta proposta atender-se-á a solicitação legal e constitucional de verificar a regularidade do contratado sem

150 NOHARA, Irene Patrícia; e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. 2ª ed. In: *Tratado de Direito Administrativo*, v. 6, Coord. Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019, p. 304.

bloquear a participação de fundos de investimentos em processos de contratação pública.

Como dito alhures, é hora de repensar cada burocracia criada e exigida nas licitações. O que se espera é a melhor contratação para o Poder Público. Este objetivo somente é alcançado com maior competição e controles legítimos. Complicações com burocracias e formalismos tão somente complicam o processo, sem melhorar nada.

5 – Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição Federal de 1988. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 31.03.2021.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943, CLT. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acessado em 31.03.2021.

_____. Lei nº 2.757, de 23 de abril de 1956. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2757.htm>. Acessado em 31.03.2021.

_____. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. In: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8036consol.htm>. Acessado em 31.03.2021.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. In: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 31.03.2021.

_____. Lei Complementar nº 123, de 2006. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acessado em 31.03.2021.

_____. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acessado em 31.03.2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. Instrução CVM nº 578, de 30 de agosto de 2016. In: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst578.html>>. Acessado em 31.03.2021.

_____. Instrução CVM nº 356, de 17 de dezembro de 2001. In: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst356.html>>. Acessado em 31.03.2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca. *Habilitação jurídica de fundos de investimento em licitações*. In: < <https://jus.com.br/artigos/79792/habilitacao-juridica-de-fundos-de-investimento-em-licitacoes>>. Acessado em 31.03.2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia; e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. 2ª ed. In: *Tratado de Direito Administrativo*, v. 6, Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. In: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>>. Acessado em 31.03.2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal; e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

ROSILHO, André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In: *Contratações Públicas e Seu Controle*. Org. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DO ERRO MÉDICO

KARINE GURGEL DE FREITAS:
Bacharelanda em Direito – Centro
Universitário UNA. Tecnóloga em
Processos Gerenciais – Centro
Universitário UMA.,

NEILMA GOMES VIEIRA CAPELÃO

(coautora)¹⁵¹

RESUMO: Visando estabelecer um encontro da Medicina com o Direito, baseado na legislação, doutrinas e jurisprudências, o artigo busca, inicialmente, analisar o instituto da responsabilidade civil dentro do contexto da relação médico-paciente, com o objetivo de esclarecer de que forma se dá a responsabilidade civil diante de um dano ocasionado por um erro médico. O questionamento central do artigo refere-se a analisar o cabimento ou não da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde decorrentes do erro médico de seus credenciados, cooperados ou conveniados, ou seja, os médicos listados em sua rede de atendimento. Pela perspectiva doutrinária e jurisprudencial, já é possível afirmar que a relação que se estabelece entre a operadora e o beneficiário, e entre o médico e o paciente, são abarcadas tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor. Portanto, resta, por fim, analisar os possíveis impactos dessa judicialização e examinar o posicionamento atualmente adotado pelo Poder Judiciário nos Tribunais Pátrios, nos casos de responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde por erro médico.

Palavras-chave: Erro médico. Operadoras de planos de saúde. Relação médico-paciente. Responsabilidade civil.

Abstract: Aiming to establish a meeting between Medicine and Law, based on legislation, doctrines and jurisprudence, the article initially seeks to analyze the civil liability institute within the context of the doctor-patient relationship, with the objective of clarifying how civil liability for damage caused by medical error. The central questioning of the article refers to analyzing the appropriateness or not of the civil liability of the health plan operators resulting from the medical error of their accredited, cooperative or insured, that is, the doctors listed in their service network.

¹⁵¹ Bacharelanda em Direito – Centro Universitário UNA..

From the doctrinal and jurisprudential perspective, it is already possible to affirm that the relationship established between the operator and the beneficiary, and between the doctor and the patient, are covered by both the Civil Code and the Consumer Protection Code. Therefore, it remains, finally, to analyze the possible impacts of this judicialization and to examine the position currently adopted by the Judiciary in the Brazilian Courts, in cases of civil liability of health plan operators for medical error.

Key-words: Medical error. Health Plan Operator. Doctor-patient relationship. Civil responsibility.

Sumário: Introdução; 1) Responsabilidade Civil; 1.1) Breve evolução histórica da responsabilidade civil; 1.2) Conceito; 1.3) Dos pressupostos para configuração da responsabilidade civil; 1.3.1) A Culpa para fins de responsabilidade civil; 1.3.2) O Ato Ilícito para fins de responsabilidade civil; 1.3.3) O Dano para fins de responsabilidade civil; 1.3.4) O Nexo Causal para fins de responsabilidade civil; 1.4) Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual; 1.5) A Responsabilidade Civil Objetiva e a Responsabilidade Civil Subjetiva; 2) Da Responsabilidade Civil do Médico; 2.1) Conceitos gerais; 2.2) Obrigação de meio x Obrigação de resultado; 2.3) A Relação Médico-Paciente; 2.4) Do Erro Médico; 2.5) A Iatrogenia como excludente da Responsabilidade Civil do Médico; 3) Responsabilidade Civil das Operadoras de Planos de Saúde e o Erro Médico; 3.1) Sistema Único de Saúde - SUS x Sistema de Saúde Suplementar; 3.2) A Lei 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor – CDC; 3.3) Dados atuais sobre o Erro Médico no Brasil; 3.4) A Responsabilidade Civil Objetiva e Solidária das Operadoras de Planos de Saúde e o Erro Médico; 3.4.1) Análise do posicionamento atual dos Tribunais Pátrios em caso de responsabilização da Operadora de Plano de Saúde por Erro Médico; 3.5) Análise dos impactos da judicialização da saúde no âmbito das Operadoras de Planos de Saúde; 4) Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A quantidade expressiva de usuários de planos de saúde no Brasil e a escassez de recursos do Sistema Único de Saúde do país (SUS), dá ao sistema privado de assistência à saúde um papel de mais alta importância na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil. Conforme a ANS (Agência Nacional de Saúde)¹⁵², em dezembro de 2020, havia 711 operadoras médico-hospitalares operando no país e mais de 47 milhões de usuários dependentes desse sistema suplementar.

¹⁵² ANS – Agência Nacional de Saúde, trata-se de uma autarquia especial de normatização controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Os dados apresentados são divulgados e atualizados periodicamente em seu endereço digital: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>.

Em paralelo a esse cenário, há um crescente aumento de judicializações no segmento de saúde, incluindo as demandas relacionadas a responsabilidade civil por erros médicos¹⁵³ e planos de saúde, por meio das quais a sociedade tem buscado, cada dia mais, o Poder Judiciário para ter seu direito resguardado e, conseqüentemente, receber a reparação pecuniária referente aos danos sofridos.

De acordo com o Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça 2020¹⁵⁴, foram 459.076 demandas judicializadas, com aproximadamente 135 mil relativas à Saúde Suplementar (operadoras de planos de saúde), chamando a atenção o alto número de casos envolvendo erro médico: 31.039.

Diante desse quadro, busca-se, neste estudo, alcançar o objetivo principal de analisar a possibilidade de responsabilização civil das operadoras de planos de saúde no erro médico de seus credenciados, cooperados ou conveniados. Sendo detectado o cabimento da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde no erro médico, busca-se analisar através dos objetivos específicos as seguintes questões: verificar qual o fundamento legal deverá ser utilizado; analisar a espécie de responsabilidade civil que poderá ser aplicada a operadora de plano de saúde nas ações de erro médico de seus credenciados, cooperados ou conveniados; abordar o impacto da judicialização para os planos de saúde; verificar o posicionamento atual dos Tribunais Pátrios em face da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde nos erros médicos.

A metodologia baseia-se em pesquisas bibliográficas, de importantes autores que abordam e estudam o tema em profundidade, como Miguel Kfoury Neto, Fernanda Schaefer e Karina Pinheiro de Castro, para uma explanação crítica e científica. Além disso, serão utilizados trabalhos científicos de outras universidades do Brasil, revistas jurídicas e periódicos especializados, bem como o entendimento jurisprudencial dos tribunais e, dada sua relevância no Poder Judiciário, do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁵³ Importante ressaltar que neste trabalho, em alguns casos, se utilizará a expressão erro médico em seu sentido mais amplo, ou seja, o erro decorrente de ação ou omissão do facultativo, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, membros de uma equipe cirúrgica, ou seja, do profissional da saúde.

¹⁵⁴ Relatório Justiça em Números - uma radiografia completa da Justiça, com informações detalhadas sobre o desempenho dos órgãos que integram o Poder Judiciário, seus gastos e sua estrutura. Este relatório, produzido pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), apresenta onze anos de dados estatísticos coletados pelo CNJ, com uso de metodologia de coleta de dados padronizada, consolidada e uniforme em todos os noventa tribunais. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>.

Quanto a temática escolhida, percebe-se a sua grande relevância, porque além do instituto da responsabilidade civil se encontrar frequentemente presente na vida em sociedade, a quantidade de usuários de planos de saúde atualmente é muito expressiva, e conseqüentemente a relação médico-paciente passa a ser fundamental nessa dinâmica para evitar o crescente aumento de demandas judiciais visando a responsabilidade civil de operadoras de planos de saúde por erro médico.

Neste sentido, o presente artigo busca primeiramente analisar o instituto da responsabilidade civil do médico explanando sobre o conceito de erro médico e suas características, para posteriormente adentrar na temática da responsabilidade civil da operadora de plano de saúde decorrente do erro médico de seus credenciados, cooperados ou conveniados e seus possíveis impactos, para finalmente trazer uma análise das decisões recentes dos Tribunais Pátrios acerca do tema.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Breve evolução histórica da responsabilidade civil

Devido as constantes mudanças que ocorrem na sociedade ao longo da história, o instituto da responsabilidade civil assumiu um caráter flexível e dinâmico, precisando sempre se adaptar e se transformar mediante as necessidades que vão surgindo.

Nas sociedades primitivas, anteriores a existência do Direito e das normas que regem o Estado como conhecemos atualmente, era comum que ao causar um dano a outra pessoa, a sociedade se utilizava da vingança inerente a própria natureza humana para “solucionar” o conflito, como uma forma primitiva de aplicação da responsabilidade. Segundo Terra, Guedes, Tepedino (2020, p.1):

Os pressupostos, critérios e mecanismos voltados à obrigação de reparar o dano sofrido por uma pessoa revelam a trajetória da responsabilidade civil ao longo do tempo. [...] Nas sociedades primitivas, a regra de Talião – olho por olho, dente por dente –, absorvida pela Lei das XII Tábuas, determinava o *nexus* corporal do violador perante o ofendido, e estabelecia uma equivalência da punição do mal com o mal. Encontravam-se, aí, vestígios da vingança privada, embora marcada pela intervenção do poder público, com o intuito de discipliná-la. Nessa fase, não há diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Com a evolução da sociedade e a busca pelo interesse coletivo, o amadurecimento do senso de justiça trouxe consigo a necessidade de uma regulamentação e normas jurídicas que estabelecessem critérios e limites.

De acordo com Castro (2019, p. 36-37), surgiram nesse contexto os primeiros ordenamentos jurídicos, como a Lei das XII Tábuas, o Código de Hamurabi¹⁵⁵ e o Código de Manu. O **Código de Hamurabi, segundo** Castro (2019, p. 37, apud **CASTRO**, 2005, p. 21), **foi o primeiro documento histórico¹⁵⁶ que tratou da responsabilidade do médico em relação aos seus pacientes.**

Demonstrando um importante avanço, de acordo com Terra, Guedes, Tepedino (2020, p.1), a *Lex Poetela Papilia* (326 a.C.) consagrou, enfim, a contenção da responsabilidade civil à responsabilidade patrimonial, com a proibição da execução pessoal ou escravidão de si próprio ou de pessoas de sua família em troca da extinção do débito. Porém, mesmo com a criação dessa lei, situações como essa continuavam a acontecer.

Conforme pondera Castro (2019, p. 38), somente com a Composição ou *Compositio* que a regulamentação da responsabilidade civil se aprimorou ao prever uma reparação em pecúnia, sendo a origem remota das atuais formas de indenização do Direito Civil.

A composição voluntária, possibilitava a parte lesada entrar em composição com o ofensor, a fim de receber uma forma de resgate, que substituiria a antiga vingança privada. Caso não houvesse acordo, a composição legal era fixada pela autoridade por meio da Lei das XII Tábuas.

A Lei das XII Tábuas, embora tenha definido os delitos (públicos e privados) e estabelecido as respectivas penas, não considerou relevante a valoração do elemento subjetivo em todas as condutas ilícitas, dessa maneira, mesmo ausente o dolo e a culpa, era possível a aplicação de uma sanção. De qualquer maneira, isso não retira o seu importante papel de contribuição ao atual estágio de evolução da responsabilidade civil.

¹⁵⁵ Código de Hamurabi - aproximadamente 1780 a.C. O nome de Hamurabi permanece indissociavelmente ligado ao código jurídico tido como o mais remoto já descoberto: o Código de Hamurabi. O legislador babilônico consolidou a tradição jurídica, harmonizou os costumes e estendeu o direito e a lei a todos os súditos. Seu código estabelecia regras de vida e de propriedade, apresentando leis específicas, sobre situações concretas e pontuais. CÓDIGO DE HAMURABI. **Secretária da Educação do Paraná**, 2019. Disponível em: < http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/codigo_hamurabi.pdf>. Acesso em: 11/11/2020.

¹⁵⁶ Art. 218 do Código de Hamurabi: "Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos." CÓDIGO DE HAMURABI. **DHNET**, 2019. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 11/11/2020.

Com a maior delegação de poderes ao Estado e com o advento da *Lex Aquilia*, que, de acordo com Santos (2013, p. 25), é originária de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquílio, votado provavelmente entres os anos de 286 e 287 a.C., a composição da responsabilidade civil evoluiu ainda mais.

Nesse sentido, Terra, Guedes, Tepedino (2020, p.1) destacam:

Pouco a pouco, separa-se a responsabilidade civil da criminal. A ideia de responsabilidade civil deixa, gradativamente, de se vincular à punição do agente ofensor, e passa a se relacionar ao princípio elementar de que o dano injusto, assim entendida a lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, deve ser reparado, consagrando a função precípua que se passou a atribuir ao instituto: a reparação patrimonial do dano sofrido.

A *Lex Aquilia* pode ser considerada o grande marco da evolução da responsabilidade civil como entendemos atualmente, porque ela reforçou a ideia de reparação de dano através do pagamento em pecúnia, e passou a exigir a valoração do elemento subjetivo da conduta do ofensor, mas não da maneira como atualmente conhecemos, já que não distinguia os graus dessa culpa.

Além disso, pode-se extrair da interpretação da *Lex Aquilia*, o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados a terceiros, independentemente de relação obrigacional preexistente (sem vínculo contratual) dando origem a responsabilidade extracontratual.

Castro (2019, p. 37), aponta que a *Lex Aquilia* também se mostrou muito importante na definição da responsabilidade civil médica do Direito moderno, pois nela contém os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo penas e definindo espécies de delitos referentes a atividade do médico.

Importante não deixar de mencionar o Código Napoleônico no Direito Francês, que também teve importante papel na construção do instituto da responsabilidade civil. Nessa quadra, diz Souza (2004, p.47):

A regra moral elementar, consubstanciada no princípio "neminem laedere", foi consagrada no artigo 1382 do Código francês, assim como a sanção, diante da violação, funcionando, assim, como uma regra geral, já consagrada desde os canonistas. Preocupou-se o Código com a organização técnica da responsabilidade civil, para sancionar o dever moral e determinar a regra de conduta.

[...] Isto influenciou todo o direito do século XIX, durante o qual os juristas jamais duvidaram de que a responsabilidade civil repousasse sobre a noção de culpa.

Percebe-se, assim, que o Direito Francês deixou sua importante contribuição ao reforçar o caráter reparatório da responsabilidade civil, buscando retirar o foco do agente causador e levando-o a vítima, buscando fazer voltar, o mais próximo possível, ao *status quo ante*.

1.2 Conceito

Cumpra salientar, primeiramente, as ideias gerais sobre o instituto da responsabilidade civil, que está frequentemente presente na vida em sociedade buscando trazer o equilíbrio nas relações através da reparação do dano causado em virtude do descumprimento de uma norma jurídica pré-existente, contratual ou não.

Conforme Castro (2019, p. 42, apud **DINIZ**, 1995, p. 29), tem-se por responsabilidade civil:

Responsabilidade civil é aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Importante entendimento sobre o tema, demonstra Venosa (2019, p.448, apud **NORONHA**, 2003, p. 429), segundo o qual, de forma ampla:

*[...]a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos **strictu sensu**.*

O Código Civil (CC) em seus artigos 186 e 927 prevê que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e que mediante a ocorrência do ato ilícito nasce a obrigação de reparação. O abuso de direito também é considerado ato ilícito, de acordo com o art.187 do CC.

1.3 Dos pressupostos para configuração da responsabilidade civil

Diante do conceito de responsabilidade civil, tem-se a partir da regra do art.186 do CC, que não basta a antijuridicidade para caracterização do ato ilícito gerador de responsabilidade.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2019, p. 451), os requisitos para a configuração do dever de indenizar são a *ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e culpa*.

De acordo com Mello (2017, p. 587, apud **CAVALIERI FILHO, 2005, p. 54**), **a culpa não foi definida pelo legislador brasileiro, e em sentido amplo (lato sensu), abrange "toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso do dolo, ou não, como na culpa"**.

O dolo existe quando o agente tem a intenção de causar o dano ou quando assume os riscos do resultado. Porém, o objetivo do presente artigo é tratar a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde decorrentes do erro médico, não se mostrando relevante aprofundar no dolo, porque a responsabilidade médica predominante nos tribunais, deriva da culpa, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia.

1.3.1 A Culpa para fins de responsabilidade civil

A culpa é um dos conceitos mais discutidos na esfera jurídica, é o elemento mais importante para a caracterização do erro médico. De acordo com Moraes (1996), ela pode ser analisada em vários aspectos, podendo ser dividida gradativamente, desde o grau leve ao grave.

A culpa no sentido amplo é quando identificamos o dolo, ou seja, quando há à intenção, e a culpa no sentido estrito é resultado da violação a um dever de cuidado e pode ser consequência de imperícia (falta de habilidade no exercício de atividade técnica), negligência (falta de cuidado por conduta omissiva) ou imprudência (falta de cuidado por conduta comissiva).

Segundo Araripe (2005, apud, DINIZ, 2006, pág. 46):

"A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é precipitação ou o ato de proceder sem cautela."

Portanto, todas as vezes que falamos em culpa esta deverá ser analisada em cada caso, para verificação dos elementos que constitui a culpa, se eles estão ou não presentes no ato praticado.

1.3.2 O Ato Ilícito *para fins de responsabilidade civil*

Ato ilícito é toda conduta humana que contraria à ordem jurídica, à moral, aos bons costumes, são atos praticados que causam danos a outrem, gerando conseqüentemente a responsabilidade civil de reparar os danos causados, a partir do ato ilícito é que se analisa a culpabilidade do agente. Conforme descrito por Cortez (2013, p. 83):

O ato ilícito é um todo, do qual a culpa é um dos seus elementos. O ilícito é um fenômeno complexo, uma fonte de obrigação qual seja, a de indenização ou de ressarcir o prejuízo causado, que é praticado com infração a um dever de conduta, através de ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, pelas quais resultará dano para outrem [...]

Para que exista um ato ilícito são necessários três pressupostos segundo Cortez (2013, p. 85), são eles: a existência de uma conduta pessoal, violação do dever jurídico estabelecido pela lei e a existência de um prejuízo a outrem. Identificado o ato ilícito há de se falar em culpa ou dolo e conseqüentemente em reparação do dano causado.

1.3.3 O Dano *para fins de responsabilidade civil*

O dano é o prejuízo que gera lesão a algum bem de outrem, originado pela conduta voluntária do agente, sendo o principal efeito derivado do ato ilícito seja ele culposos ou não, é de que a partir da existência do dano nasce a obrigação civil de reparação mediante indenização, de acordo com Correia-Lima (2009, p.31) sem a comprovação de dano, não há de se falar em responsabilidade civil de reparação.

É estabelecido pelo Código Civil nos artigos 186 e 187 a obrigação de reparação do prejuízo oriundo de atos ilícitos havendo ou não a culpa nos casos explícitos em lei e/ou quando a atividade realizada já tem natureza de causar riscos para os direitos de outrem. Segundo Mello (2017, p.624): "o dano é a lesão de um bem jurídico, que pode ser classificado como danos materiais ou patrimoniais e danos imateriais ou morais."

Os danos materiais ou patrimoniais são danos que atingem coisas mensurais economicamente, já os danos imateriais e morais são danos que não há como mensurar em sua totalidade os prejuízos causados, pois estes tipos de danos atingem

a personalidade, o bem-estar e o íntimo da vítima, ou seja, em um contexto mais subjetivo.

1.3.4. O Nexo Causal *para fins de responsabilidade civil*

No âmbito da teoria da responsabilidade civil é necessário a demonstração do nexos de causalidade, que nada mais é do que a ligação entre causa e efeito, que existe entre a ação ou omissão do ofensor e resultado oriundo deste fato que é o dano.

Segundo Correia-Lima (2009, p. 29), não é preciso observar, após o dano, apenas a ordem cronológica dos fatos, o mais importante é identificar um nexos lógico que levou a causa do dano. Compactuando com esse entendimento, segundo Mello (2017, p.624):

[...] é a relação entre um fato (causa) e o dano ocorrido (efeito). O nexos de causalidade é elemento essencial nos casos de indenização, já que a responsabilidade civil existe a partir da existência do nexos causal entre o fato e o resultado danoso.

O dano pode se dar por vários fatores casuísticos, assim como também pode ocorrer baseado apenas em uma causa. São discutidas várias teorias de nexos de causalidade, mas partindo do princípio da teoria da causalidade da equivalência, de acordo com Correia-Lima (2009, p. 30) dizemos que a causa será toda e qualquer condição que tenha contribuído para o resultado do dano.

1.4 Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Conforme CHANAN (2018) muito tem se discutido em vários países, inclusive no Brasil, sobre a unificação dos institutos da responsabilidade civil contratual e extracontratual, onde identifica-se que a tese monista tem forte tendência em prevalecer, entretanto, assim como em outros países, o Brasil é influenciado pelo Direito Romano, e por isso adotamos atualmente a tese dualista.

A tese dualista faz distinções entre os dois institutos claramente apresentados através do Código Civil de 2002, nos dispositivos 389 a 405, trata-se da responsabilidade das inadimplências contratuais, ou seja, da responsabilidade contratual, e a responsabilidade extracontratual ou aquiliana¹⁵⁷ encontra-se nos artigos 186, 187 e 188 juntamente com os artigos 927 a 954.

¹⁵⁷ O termo aquiliano nasceu do direito romano a Lex Áquila, que significa responsabilização pelo ato ilícito cometido a partir do elemento subjetivo culpa, que surge pelo ato ou omissão que vai ao contrário do dever imposto pela lei.

De acordo com Castro (2019, p. 56) a responsabilidade contratual baseia-se a partir de um contrato prévio firmado entre as partes, que pode ser de forma tácita ou expressa, este contrato através de cláusulas e condições impõe obrigações e direitos para ambas as partes que o celebram.

Caso alguma das partes deixe de cumprir com as obrigações determinadas neste contrato, haverá o cometimento de um ilícito contratual que ensejará na responsabilidade contratual. Portanto, havendo uma relação jurídica prévia entre autor e vítima caracterizando um negócio jurídico, a relação estará pautada por um contrato.

Por sua vez, na responsabilidade extracontratual também denominada responsabilidade aquiliana, não há uma relação jurídica firmada previamente, pois nesta relação não há de se falar em negócio jurídico, pois ela acontece naturalmente pelo dever de não causar nenhum dano a ninguém, e qualquer um que vier a lesar o direito alheio, estará obrigado a repará-lo.

Segundo Castro (2019, p. 57) a responsabilidade extracontratual decorre da prática de ato ilícito, seja por meio de uma conduta culposa ou por abuso de direito, ocorrendo a transgressão de um dever geral de conduta.

1.5 A Responsabilidade Civil Objetiva e a Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil tem seu fundamento em duas teorias, quais sejam, a teoria da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva. O primeiro momento da responsabilidade civil, foi o da responsabilidade subjetiva, onde a culpa precisava ser provada.

A responsabilidade subjetiva encontra respaldo legal no artigo 186 do Código Civil, e seu fundamento é baseado na culpa do agente, ou seja, o elemento subjetivo da culpabilidade determina o dever de reparação, por esse motivo sendo também conhecida como teoria da culpa.

Segundo Alvin Lima citado por Kfoury Neto (2019, p.109), são requisitos essenciais para a teoria da responsabilidade subjetiva: o ato ou omissão que viola o direito de outrem, o dano que é produzido por esse ato ou omissão, a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano provocado, e por fim, a culpa. Nesse sentido, a análise de como o comportamento do agente contribuiu para o prejuízo da vítima, se torna essencial.

De acordo com Couto Filho e Souza, citados por Castro (2019, p.50), temos: "A responsabilidade subjetiva é fundada na culpa, logo é condição *sine qua non* seja provado que houve atuar negligente, imprudente ou imperito."

Com a evolução da sociedade e das relações obrigacionais, a teoria subjetiva começou a não ser suficiente para solucionar os conflitos existentes.

Em muitas situações, o ônus de provar a culpa do agente era praticamente impossível, deixando em muitos casos a vítima sem qualquer indenização. De acordo com Terra, Guedes, Tepedino (2020, p.8):

A rigor, a revolução por que passa, ainda hoje, a responsabilidade civil decorre, em grande medida, da alteração da própria função do instituto, que deixa de ser, definitivamente, a moralização ou a punição de condutas, e passa a ser a proteção da vítima, de acordo com a máxima segundo a qual, verificado o dano injusto, a vítima não deve ficar irressarcida. Volta-se a responsabilidade civil para as consequências do dano, não já para suas causas.

Segundo Castro (2019, p.50), a partir de ideias socializantes presentes ao final do século XIX na Europa, a jurisprudência e a doutrina começaram a entender que para evitar situações de impunidade à vítima, era necessário operar a inversão do ônus da prova a respeito da culpa, ou seja, o autor do dano seria responsabilizado de maneira presumida em alguns casos, tendo, contudo, a possibilidade de provar sua isenção de culpa.

Esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade. Encontra-se prevista, de modo geral, no parágrafo único do art.927 do Código Civil:

Art.927, Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

De acordo com Castro (2019, p.49), a responsabilidade objetiva compreende na reparação de danos causados a outrem sem necessariamente analisar a culpa, neste caso apenas com o fato de existir a conduta humana, o dano e o nexos de causalidade é possível caracterizar a responsabilidade de reparação do dano de forma objetiva. Em consoante entendimento, Sílvio Rodrigues citado por Kfoury Neto (2019, p.114):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado

pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Como ressalta Venosa (2019, p.451), essa exacerbação da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do Código deste século em matéria de responsabilidade e exigirá um cuidado extremo da nova jurisprudência.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

2.1 Conceitos gerais

Como visto no presente trabalho, a responsabilidade civil de modo geral, conforme prevista no art. 927 do Código Civil, se resume a obrigação de reparação de um dano causado a outrem, gerado por um ato ilícito.

O ato ilícito pode ser caracterizado pelo abuso de poder (art.187, CC), ou por uma ação ou omissão voluntária, negligência e imprudência (art.186, CC), ou seja, fundamentada em regra, na culpa.

No campo médico, pode-se dizer que essa conduta humana consiste em uma lesão do direito à vida e a integridade psicofísica do paciente (engloba a saúde física e mental), podendo ocasionar danos materiais, morais ou estéticos.

Os médicos, em regra, atuam como profissionais liberais, ou seja, sem qualquer critério de preposição, com autonomia e por esse motivo não ficando subordinado ao paciente.

De acordo com o art. 951 do CC, o profissional liberal que causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal ou inabilitá-lo para o trabalho, se aplicará a responsabilidade subjetiva, centrada na comprovação da culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia). De acordo com Kfoury Neto (2019, p.28):

É ressabido que aos profissionais liberais – e ao *médico*, de modo particular – aplicam-se as regras da responsabilidade subjetiva, calcada na *culpa*, ficando o ônus da prova, via de regra, a cargo da vítima (arts. 186 e 951 do CCB; art.14, § 4º, do CDC e art. 373, I, do CPC/15).

Em consoante entendimento, segundo Terra, Guedes, Tepedino (2020, p.185) temos:

A responsabilidade do médico é subjetiva, definida pelo art. 951 do Código Civil, que expressamente se refere ao dano decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, e mantida pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14, §

4º, em exceção à regra geral da responsabilidade objetiva introduzida nas relações de consumo, determina que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Portanto, é possível afirmar que a responsabilidade do médico no Código de Defesa do Consumidor, assim como no Código Civil, é subjetiva. E por esse motivo, a culpa do médico para ser caracterizada, precisa ser certa, ou seja, deve-se provar que o comportamento do profissional contribuiu para o prejuízo da vítima, unindo-se os três elementos: dano, culpa e nexo de causalidade.

2.2 Obrigação de Meio x Obrigação de Resultado

Quando se fala da responsabilidade do médico, há duas modalidades de obrigações: as de meio e as de resultado. Na maior parte dos casos, e de acordo com o entendimento doutrinária, a obrigação do médico será de meio e não de resultado.

A obrigação de meio, consiste no emprego pelo médico de toda a atenção e cuidados exigidos e esperados para tratar ou amenizar determinada patologia que acomete seu paciente, sem se vincular a uma obrigação de cura ou resultado satisfatório. De acordo com Kfoury Neto (2019, p.18):

Afirmção tradicionalmente acatada indica que os médicos se tornam devedores de uma obrigação de meios. Basta a atividade profissional, consciente e dedicada, tendente à obtenção da cura, para concretizar o adimplemento contratual. A prova de eventual imperícia, imprudência ou negligência é atribuição do paciente-vítima ou de seus familiares. Esta, a fórmula, tradicionalmente, admitida pelo Judiciário: o fim último da Medicina é cuidar, não necessariamente curar.

A obrigação de meio entende-se como regra geral, visto que obter o resultado desejado pelo paciente, nem sempre será possível, pois depende de inúmeros fatores que escapam do controle total da medicina, como o estado de saúde do paciente, estrutura hospitalar, os conhecimentos técnicos do profissional, o avanço da medicina para os tratamentos de determinadas patologias, dentre outros. Por esses motivos, na obrigação de meio, o ônus da prova é do paciente/vítima, que deve provar a culpa do médico.

Segundo Terra, Guedes, Tepedino (2020, p.186), algumas espécies de atividades médicas são consideradas, pela jurisprudência dominante, obrigações de resultado. É o caso dos exames radiológicos, da transfusão de sangue, das cirurgias

estéticas puramente embelezadoras, e em procedimentos técnicos de exames laboratoriais e outros, tais como radiografias, tomografias, ressonâncias magnéticas etc.

Na obrigação de resultado, o dever de indenizar surge pelo simples fato de não se obter o fim desejado, descartando qualquer outra possibilidade que não o atingimento de um determinado fim.

Segundo Kfoury Neto (2019, p.183), é presumida a culpa do médico nas obrigações de resultado, em face do não atingimento da meta prometida, tendo como consequência processual o ônus da prova a seu desfavor.

Como bem ressalta Demogue (1996, p. 224, apud KFOURI NETO, 2019, p. 99):

O médico contrata uma obrigação de meio, não de resultado. Ele não deve ser responsável se o cliente não se cura. Ele promete somente cuidados atenciosos e o cliente deve provar a culpa do médico e a relação causal entre a culpa e o ato danoso (morte etc.). Por exceção, se o médico que se compromete a prestar serviço ao doente não o faz, ele se torna plenamente responsável pelo dano.

Deve-se sempre levar em consideração o fato de que, sendo obrigação de meio, ou, sendo obrigação de resultado, o médico deve sempre empregar todos os cuidados esperados de um médico diligente e cuidadoso, cumprindo suas obrigações com seu paciente.

2.3 A Relação Médico-Paciente

Sabe-se que o papel e a atuação do profissional médico na história da sociedade sofreram diversas mudanças. O antigo médico de família que atuava de forma mais generalista, amigo e conselheiro, que a todos da comunidade conhecia, não existe mais.

No cenário atual, temos um médico cada vez mais especialista, restrito à sua área de atuação, mais distante daquela realidade da comunidade, e em contrapartida, inserido em uma sociedade em intensa transformação tecnológica e com necessidade de respostas mais ágeis e assertivas. Segundo Venosa (2019, p.601):

Nessas últimas décadas, a Medicina socializou-se e despersonalizou-se. A necessidade premente de especialização faz com que a relação médico-paciente seja quase

exclusivamente profissional. Continua a Medicina a ser uma arte, mas sob contexto diverso. O paciente, nessas premissas, raramente terá condições de ponderar e escolher o profissional e o tratamento adequado para seu mal.

O descompasso entre os benefícios do avanço tecnológico e os novos tratamentos que surgem a todo momento, e o distanciamento do médico do seu paciente, no sentido humano da profissão, abriram espaço para um cenário de inúmeros conflitos. Consoante com esse entendimento, ressalta Kfouri Neto (2019, p. 17):

Não há dúvida quanto ao fato de o médico, nos tempos atuais, exercer sua profissão em condições mais adversas que na década passada. [...]

Surgiram grandes organizações de medicina pré-paga, a necessidade de complexos cálculos atuariais, a preocupação primordial com os gastos e a preservação do sistema, muitas vezes em detrimento de melhores cuidados ao enfermo. E sobrevêm os conflitos. A despersonalização da relação médico-paciente, de igual, gera quadro de antagonismos, no qual se inserem, com destaque, ações de ressarcimento de danos. As vítimas de atos culposos dos profissionais da saúde – comissivos ou omissivos – buscam reparação pecuniária para o abalo sofrido, com repercussões físicas e psíquicas.

O Poder Judiciário e os Conselhos Regionais e Federal de Medicina, tem sido cada vez mais acionados na busca para a solução desses conflitos, seja para pedidos de ressarcimento de danos pela caracterização da responsabilidade civil do médico ou a infração a princípios éticos e morais que regulam a profissão.

A relação que inicialmente era para ser pautada pela diligência e cuidado, criando um elo de confiança entre o médico e seu paciente, se tornou uma relação fria e distante, eminentemente consumerista, mesmo a saúde não sendo um produto a ser consumido pelo doente.

2.4 Do Erro Médico

Como já tratado nos tópicos anteriores, aplica-se a responsabilidade subjetiva para o médico, ou seja, sendo necessária a comprovação da culpa caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia, para ensejar a responsabilidade civil do profissional de acordo com o art. 14, § 4º do Código de

Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

A responsabilidade civil do médico, está comumente ligada ao cometimento de um erro. O erro médico advém de um desvio da conduta necessária, adequada, sem perícia e incompatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, podendo ser uma conduta omissiva ou comissiva. De acordo com Gomes, Drumond e França (2001, p. 27, apud Castro, 2019, p. 40):

Erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência. Erro do médico sugere qualquer desvio do médico das normas de conduta dentro ou fora da medicina, com dano ou sem ele.

Como a culpa médica está diretamente relacionada a comprovada imprudência, imperícia ou negligência, faz-se importante distingui-las no contexto prático da medicina.

A negligência é o oposto da diligência, ou seja, é a omissão de um agir recomendável, necessário, é a distração do profissional com os cuidados necessários ao seu paciente. De acordo com Kfourri Neto (2019, p.110):

Caracteriza negligência a troca de prontuários e exames; em neurocirurgia, médico não atentou para a radiografia invertida e operou o lado direito do cérebro, em vez do esquerdo; a demora no envio do paciente a especialista; o diagnóstico falho, por exame superficial; o retardamento na intervenção cirúrgica – a desatenção, a desídia, a falta de cuidado.

Com relação a imprudência, existe um ato comissivo por parte do médico. Esse ato comissivo é caracterizado pela precipitação e pela falta de cautela. O autor Kfourri Neto (2019, p.111) cita como exemplo de imprudência:

[...] A realização de anestésias simultâneas, o cirurgião que empreende cirurgia arriscada se garantia de vaga em UTI, a remoção de pacientes graves em ambulâncias sem equipamentos adequados – são atos imprudentes praticados pelos médicos.

E por fim, a imperícia, caracterizada pelo despreparo prático e insuficiente conhecimento técnico, carência de aptidão, ocorrendo sua caracterização

principalmente com médicos que atuam em determinada especialidade sem a devida qualificação. Conforme enfatiza Kfoury Neto (2019, p.112):

Imperícia é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão.

[...] Presume-se imperito, por exemplo, o médico ginecologista – sem habilitação em cirurgia plástica – que se aventura a realizar cirurgias próprias da especialidade para a qual não se qualificou; (...)

Restam, assim, analisados os requisitos para se configurar a culpa médica, notadamente quanto à comprovação de ato imprudente, imperito ou negligente.

2.5 A Iatrogenia como excludente da Responsabilidade Civil do Médico

A Medicina é uma ciência complexa e seus resultados não são totalmente passíveis de controle por parte do médico. Por esse motivo, nem todo resultado insatisfatório no olhar do paciente, será caracterizado como um erro médico.

Uma grande parte dos atos médicos pode significar um risco para o paciente, assim como o uso de determinados medicamentos, porém, muitas vezes são extremamente necessários na busca de uma melhor condição para o tratamento de determinada patologia.

Nesse contexto, temos a iatrogenia, que pode ser considerada como um fator aleatório não desejado, que causa um mal ao paciente, consistindo num resultado negativo da prática médica. De acordo com Giovanini (2014):

A iatrogenia consiste em um estado de doença, efeitos adversos ou alterações patológicas causados ou resultantes de um tratamento de saúde correto e realizado dentro do recomendável, que são previsíveis, esperados ou inesperados, controláveis ou não, e algumas vezes inevitáveis.

Na iatrogenia, tem-se o desdobramento de um tratamento tecnicamente correto, porém com reações adversas, esperadas ou não, porque dependem da complexidade de organismo e de diversos outros fatores externos. Como exemplo, Kfoury Neto (2019, p. 52) esclarece:

Mencione-se, para ilustrar, a necessidade de praticar orquiectomia bilateral (extirpação dos testículos), para a cura do câncer de próstata, quando, devidamente informado o paciente, tornar-se a única alternativa terapêutica – e tantas outras situações iatrogênicas.

Portanto, caracterizada a iatrogenia, não há o que se falar em erro médico visto que os pressupostos da responsabilidade subjetiva, quais sejam, o dano, a culpa e o nexo de causalidade, não estarão presentes.

Da mesma forma, a iatrogenia evidencia-se como causa de excludente da responsabilidade civil do médico, não existindo a obrigação de indenizar, tal como nas situações de caso fortuito ou de força maior - devido ao rompimento do nexo causal, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

Por oportuno, cabe destacar ainda que há outras excludentes podem ser alegadas dependendo do caso concreto, como legítima defesa (Código Civil, art.188, inc.I), estado de necessidade (Código Penal, art.24), exercício regular de direito e cumprimento do dever legal (Código Penal, art.23, inc.III).

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E O ERRO MÉDICO

3.1 Sistema Único de Saúde- SUS x Sistema de Saúde Suplementar

As operadoras de planos de saúde cada dia mais, vem ocupando um lugar de destaque devido a enorme procura da sociedade por maior segurança, qualidade e agilidade na prestação de serviços de saúde. Conforme já pontuado, de acordo com a ANS (Agência Nacional de Saúde) em dezembro de 2020, havia 711 operadoras médico-hospitalares operando no país e mais de 47 milhões de usuários dependentes desse sistema suplementar, maior número de usuários desde dezembro de 2016.

Em paralelo, como um dos principais motivos impulsionadores dos números expressivos de crescimento da saúde suplementar no Brasil, temos o insuficiente Sistema Único de Saúde – SUS. De acordo com informações do site do Conselho Nacional de Saúde – CNS, após a Emenda Constitucional 95 de dezembro de 2016, que instituiu um novo regime fiscal, o SUS teve uma perda de R\$ 22,5 bilhões a partir de 2018 até 2020. Além disso, também esclarece que os gastos em saúde por pessoa, caíram de R\$ 594,00 (em 2017) para R\$ 583,00 (em 2019).

A matéria alerta que de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE/2019), a parcela da população com mais de 65 anos era de 10,5%

em 2018, e poderá atingir um percentual de 15%, em 2034, alcançando 25,5% em 2060.

Portanto, o cenário apontado pelo CNS do futuro da saúde pública no Brasil é preocupante, porque ao invés de crescer, os investimentos tem sido reduzidos, e em contrapartida, o envelhecimento da população tem aumentado, o que eleva ainda mais os gastos com a saúde, visto que a população de maior idade demanda proporcionalmente mais serviços de Saúde.

Com o SUS não cumprindo o seu papel por completo, já que segundo a Constituição Federal, é sua obrigação prestar assistência à saúde de toda a população brasileira, o sistema de saúde suplementar continuará exercendo um importante papel no cenário da prestação de serviços de saúde no Brasil.

3.2 A Lei 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor - CDC

Os planos de saúde, caracterizam-se pela prestação contínua de serviços de assistência à saúde mediante uma contraprestação em pecúnia. De acordo com Schaefer (2012, p.51), temos:

Os planos de saúde caracterizam-se pela prestação do serviço de assistência médico-hospitalar mediante uma contraprestação pecuniária, com atendimento em rede própria ou conveniada/credenciada, facultando-se a possibilidade de oferecer reembolso em determinadas circunstâncias de atendimento.

A principal característica desses contratos é a bilateralidade do contrato e a reciprocidade das obrigações, ou seja, a operadora deve cobrir os eventos contratados e o consumidor/usuário deve pagar em dia as prestações acordadas. Conforme Schaefer (2012, p. 55), tratam-se de contratos de massa, adesivos, aleatórios e de execução continuada, que oferecem, pelo menos, a cobertura mínima de serviços definida em lei (Lei 9.656/98).

A Lei 9.656/98 regulamentou os planos e seguros privados de assistência à saúde, e conceituou o que seria uma operadora de plano de saúde, em seu artigo 1º inciso II: “[...] pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;”.

A Lei 9.656/98, representou um importante marco de ampliação a proteção aos direitos do consumidor de planos e seguros de saúde. A aplicação dessa Lei, não afasta o emprego do Código de Defesa do Consumidor - CDC na relação operadora

e usuário de plano de saúde, conforme determina o art.35-G da referida Lei e de acordo com a Súmula 608 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)”.

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.656/98 devem ser aplicados de forma complementar, visto que ambos visam a proteção da vida, saúde e integridade física e psíquica. Portanto, na contratação de planos de saúde, a operadora é considerada fornecedora, pois presta aos consumidores serviços de assistência à saúde, conforme determina o art.3º, §2º, do CDC. Consoante com esse entendimento, de acordo com Schaefer (2012, p. 73):

As operadoras de planos e seguros são pessoas jurídicas de direito privado, consideradas pelo ordenamento como **fornecedoras ou prestadoras de serviços típicas** que desenvolvem atividade subordinada à tutela do Código de Defesa do Consumidor (colocação no mercado de produtos e serviços de assistência privada à saúde, em consonância com o disposto na Lei 9.656/98).

Resta assim justificada a aplicação do CDC em face das operadoras de planos de saúde.

3.3. Dados Atuais sobre o Erro Médico no Brasil

Antes de se adentrar na questão central do trabalho, cabe destacar os dados atuais sobre erro médico no Brasil, a fim de contextualizar o problema trazido à baila.

Segundo Castro (2019, p.102), a partir de dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), verificou-se nos últimos anos um elevado índice de condenações na área da saúde no Brasil. Em 2017, foram pelo menos 26 mil processos referentes a erro médico chegando à apuração de que, na atualidade, 7% (sete por cento) dos médicos no Brasil sofrem processos.

O número de processos por erro médico tem crescido significativamente, como percebe-se ao comparar os dados do CNJ acima apontados de 2017, com os dados trazidos pelo relatório “Judicialização da Saúde no Brasil”¹⁵⁸ de 2019, realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, que dentre outras

¹⁵⁸ Relatório analítico propositivo da Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução, realizado pelo INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER em 2019 em parceria com o Conselho Nacional de Justiça. Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>.

informações relevantes, chama a atenção o alto número de casos envolvendo erro médico: 31.039.

Em mesma perspectiva, percebe-se através do relatório “Justiça em Números” do CNJ de 2020, que dentre os assuntos mais demandados na Justiça Estadual no 2º e 1º graus e nos Juizados Especiais, está a responsabilidade civil. Segundo Kfoury Neto (2019, p.39):

Não há dúvida de que uma das causas do aumento da quantidade de demandas contra profissionais da medicina é a “gradativa deterioração dos serviços médicos”. As constantes menções em reportagens também contribuem para popularizar as denúncias. A falta de instrumental adequado, a pouca ou nenhuma discussão sobre Bioética nas faculdades, as precárias condições de trabalho – tudo contribui para o aumento dessas denúncias.

Devido ao expressivo aumento de demandas judiciais por motivo de erro médico, tem-se buscado cada dia mais entender os motivos que podem ensejar essas demandas. De acordo com matéria veiculada pela Globonews, segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos últimos anos o número de ações judiciais alegando erro médico aumentaram cinco vezes. Em 2016, foram 376 processos contra médicos e em 2019 esse número saltou para 2080 ações. São quase 6000 demandas nos últimos 3 anos que buscam indenizações por falhas supostamente cometidas por esses profissionais.

De acordo com a matéria, sobre as denúncias administrativas registradas no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP, essas alcançaram o número de 1428 casos, alegando negligência, imprudência ou imperícia, sendo as especialidades que apresentaram maior índice de reclamações: clínica médica, ortopedia e obstetrícia.

A justificativa para esse aumento pode estar desde a grande oferta de cursos de medicina sem estrutura pelo país, como também ao ensino insuficiente das faculdades, o crescimento da industrialização e tecnologia de ponta, a sobrecarga e condições de trabalho, a especialização dos médicos em contrapartida com a diminuição do caráter humano da profissão, dentre outros fatores.

No site do Conselho Federal de Medicina – CFM, pode ser consultado o estudo da Demografia Médica no Brasil 2020¹⁵⁹, que apontou que o Brasil tem hoje

¹⁵⁹ O estudo da Demografia Médica no Brasil 2020 é resultado de um trabalho do Conselho Federal de Medicina -CFM e da Universidade de São Paulo -USP, sendo uma produção científica que atualiza

mais do que o dobro de médicos que tinha no início do século. No ano 2000, eram 230.110 médicos e em 2020, esse número chegou a 502.475 profissionais. Nesse período, a relação de médico por mil habitantes também aumentou significativamente na média nacional, passando de 1,41 para 2,4.

Portanto, a preocupação do Conselho Federal de Medicina – CFM, e da população em geral, é com relação a qualificação e capacidade técnica dos novos médicos que estão entrando no mercado de trabalho.

3.4 A Responsabilidade Civil Objetiva e Solidária das Operadoras de Planos de Saúde e o Erro Médico

Diante do que se apreende do tópico anterior, o número de médicos no Brasil mais do que dobrou nos últimos vinte anos.

Sob esse prisma, cabe destacar que dentre os bens mais relevantes resguardados pelo Direito e a Medicina, temos o direito à vida, a saúde e a integridade psicofísica das pessoas. Por esse motivo, a atuação do médico pode afetar diretamente a vida de várias pessoas, o que torna a análise da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde decorrentes de um erro médico de especial relevância.

Como já exposto, a operadora de plano de saúde é caracterizada pelo Código de Defesa do Consumidor como fornecedora de serviços médicos, por isso tem-se a aplicação do art.14 do CDC, incidindo em regra a responsabilidade objetiva da operadora, que trata da responsabilidade sem aferição da culpa.

Na responsabilidade objetiva, se torna desnecessária a demonstração da negligência, imprudência ou imperícia, mas pressupõe nexo de causalidade adequada entre a atividade do agente e o dano. Porém, a análise da responsabilidade civil da operadora de plano de saúde por erro médico, precisa ser tratada com a devida atenção.

A existência de uma rede credenciada por parte da operadora, limitando o usuário a escolha do profissional médico constante naquela listagem, tem papel determinante na caracterização da responsabilidade civil.

os conhecimentos acumulados na última década e traz novas informações detalhadas sobre a população de médicos e seu exercício profissional. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index10/?numero=23&edicao=5058#page/4>.

Subtende-se que aquele profissional já foi devidamente analisado pelos critérios de qualidade da operadora antes de ser inserido em sua lista de credenciados/conveniados. Segundo Schaefer (2012, p.89):

O plano de saúde, caracterizada a responsabilidade objetiva, responde pela escolha de seus profissionais, independentemente da constatação de culpa. A lei consumerista determina que o fornecedor é responsável pela qualidade do serviço que coloca à disposição do mercado de consumo. Portanto, a operadora de plano de saúde é responsável pela qualidade dos serviços, do atendimento e dos profissionais que põe à disposição de seus consumidores por meio de **listas vinculativas**.

Além disso, a operadora de plano de saúde por integrar a cadeia de fornecimento da assistência à saúde, também responde solidariamente pelo erro médico de seus credenciados/conveniados, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, no art. 7º, parágrafo único, e no art.25, §1º, que determina como regra de todo o sistema a solidariedade passiva de todos os fornecedores envolvidos na cadeia econômica.

Nesse caso, a responsabilidade é compartilhada pelo médico, pelo hospital (caso o atendimento tenha sido realizado em suas dependências) e pelas operadoras dos planos de saúde, permitindo-se o direito de regresso daquele que ressarcir o dano contra aquele que o provocou. (SCHAEFER, 2012, p.89)

Importante ressaltar que a relação existente entre o médico e a operadora, em regra, não é de preposição, mas sim de um prestador de serviços, ou nos casos de operadoras de planos de saúde constituídas como cooperativas médicas, o médico pode ser um cooperado. Em qualquer um dos casos, o contrato vinculando o médico a operadora de plano de saúde, reforça a previsão de responsabilidade solidária da operadora conforme o CDC. Complementa Kfoury Neto (2019, p.157):

Respondem as operadoras de planos de saúde e os médicos a elas vinculados, solidariamente, diante dos danos causados pelo profissional. Relevante é o fato de o médico ser colocado à disposição pela operadora – e por ela indicado, usualmente em listagem distribuída ao usuário. Nesse caso, a pessoa jurídica aparece como fornecedora de serviços médicos e é parte legítima para também figurar no polo passivo da ação indenizatória [...]

Na responsabilidade solidária, é possível ao credor exigir o cumprimento integral da obrigação de apenas um ou de todos os devedores, destaca Schaefer (2012, p.91):

Dessarte, é do consumidor a escolha de quem irá acionar na busca da reparação de seus prejuízos, pois os responsáveis solidários não precisam ser demandados ao mesmo tempo, facultando-se ao que ressarcir o dano o direito de regresso contra quem o causou (trata-se, portanto, de litisconsórcio facultativo).

Tal preceito é devido a ideia de risco-proveito assumido pela operadora ao contratar profissionais e estabelecimentos para a prestação de serviços que oferece, dando o prévio aval de excelência, aos consumidores-beneficiários.

Porém, como já descrito, o erro médico para ser caracterizado depende da comprovação da culpa do médico, por negligência, imprudência ou imperícia, visto que se trata de um profissional liberal que responde de forma subjetiva nos termos dos arts. 186 e 951 do Código Civil e art.14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com Kfourri Neto (2019, p.49):

Evidentemente, não importa que o médico seja plantonista no pronto-socorro ou atenda em qualquer outra dependência do hospital. Pelos atos puramente médicos, necessário reiterar, há que se comprovar a *culpa* do profissional, a fim de se estabelecer a responsabilidade solidária da pessoa jurídica.

Portanto, é possível concluir, que antes de ser decretada a responsabilidade objetiva e solidária da operadora de plano de saúde pelo erro médico de seu credenciado/conveniado, é necessário que a responsabilidade subjetiva do profissional médico seja caracterizada.

Diferente entendimento, poderia trazer enormes impactos, visto que ensejaria a interpretação de que a prática médica exige uma obrigação de resultado, visto que, se o médico não tivesse sua culpa caracterizada, o plano de saúde teria que arcar de forma objetiva com o possível dano alegado pela parte autora mesmo sem a existência de culpa.

Importante colocação é feita por Castro (2019, p. 52): “Cumprir ressaltar que responsabilizar um médico objetivamente acabaria por desencadear um número ilimitado de indenizações contra profissionais que não concorreram efetivamente para a ocorrência do dano.”

Portanto, nos casos de erro médico, para que seja configurada a responsabilidade objetiva e solidária da operadora de plano de saúde, antes deverá ser comprovado que o médico integrante de sua lista de credenciados/conveniados agiu com culpa.

3.4.1 - ANÁLISE DO POSICIONAMENTO ATUAL DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS EM CASO DE RESPONSABILIZAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE POR ERRO MÉDICO

Neste tópico será realizada uma breve análise de algumas decisões recentes dos Tribunais Pátrios, que reforçam os pontos já apresentados no presente trabalho.

Sabe-se que a Medicina não é uma ciência exata, portanto, os Tribunais possuem uma difícil missão de analisar os conflitos que são levados ao Poder Judiciário em busca de uma solução “justa” sopesando muitas vezes direitos indisponíveis como a saúde.

Luzia Chaves Vieira (2000) traz uma importante reflexão a respeito do assunto:

Existem temores de que os tribunais são leigos cientificamente para julgar os feitos médicos com precisão e equidade. A lei não entrava o progresso de nenhuma ciência: ao contrário, ela a ampara e protege. O que realmente compromete o progresso da medicina é a irresponsabilidade médica. Os tribunais não são leigos nem incompetentes; pois quando os juízes avaliam as faltas dos médicos, manifestam-se depois de ouvirem os próprios médicos os peritos, que são, na verdade, os olhos da lei.

Com a análise das atuais decisões dos Tribunais Pátrios é possível observar, que o entendimento que vem se formando sobre a responsabilidade civil das operadoras de saúde perante o erro médico, deve ser analisado sobre a ótica primária da conduta culposa do agente, depois, o nexos causal entre a ação e o evento danoso.

Sendo assim, citaremos as ementas abaixo seguidas de comentários sobre as referidas decisões.

Responsabilidade civil – Erro médico – Lesão de plexo braquial direito no momento do parto. Responsabilidade objetiva do hospital e da operadora do plano de saúde pelas condutas culposas de profissionais integrantes de seu quadro ou de sua

rede credenciada. **Laudo pericial que não evidenciou a ocorrência de culpa médica.** Ausência de indicação de parto cirúrgico. Parto natural. Dificuldade de saída biacromial ocasionada por distocia de ombro. Impossibilidade de diagnóstico prévio. Realização das manobras necessárias e adequadas à atual prática médica. **Culpa do profissional afastada. Ação improcedente.** Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP – Ap 1062567-90.2013.8.26.0100, 7-3-2018, Relª Mary Grün). *(grifo nosso)*

O acórdão se deu mediante a recurso de apelação, o qual a apelante inconformada com a decisão da sentença que julgou improcedentes os pedidos de danos morais e materiais em face do hospital juntamente com plano de saúde, interpôs recuso de apelação. O TJ-SP manteve a decisão da sentença e negou o provimento do recurso.

A decisão proferida foi fundamentada pela ausência de comprovação dos requisitos que configuram o erro médico (negligência, imperícia ou imprudência). A análise destes requisitos integra a fase de comprovação da responsabilidade subjetiva do profissional médico que realizou o procedimento. O entendimento do TJ-SP neste caso, colabora com o entendimento do presente trabalho, de que é necessária a caracterização do erro médico para então poder configurar a responsabilidade objetiva e solidária dos envolvidos (plano de saúde, hospital, clínica, etc.).

A seguinte decisão, trata-se de um recurso inominado que tramitou em juizado especial referente a uma ação de indenização, onde o recurso reformou a sentença condenando o hospital e o plano de saúde responderem solidariamente em face da autora.

CIVIL. ABANDONO MÉDICO A GESTANTE EM TRABALHO DE PARTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PLANO DE SAÚDE E DO HOSPITAL. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CABÍVEL. 1. Acerca da responsabilidade civil, assim disciplina o CC/02: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”. Cabe, à guisa da menção ao artigo 186 do mesmo dispositivo: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” A interpretação mais serena que se deve dar ao presente dispositivo gravita em torno da conduta levada a cabo da má-fé ou que contrarie a proibição legal (a ação), à não-realização de algo a que o agente estava obrigado, por dever legal, a fazê-lo (a negligência), bem como ao erro de profissional na realização de seu mister, gerando o prejuízo experimentado pela vítima (a imperícia). 2. Deste modo, comete ato ilícito o médico que, negligentemente, após acompanhar a paciente por todo seu pré-natal, abandona-a em hospital depois de fazer os exames pré-parto, sem prestar qualquer esclarecimento. **3. Acerca da responsabilidade subsidiária do plano de saúde e do hospital, O STJ já fixou entendimento no sentido de que caso se esteja diante de contrato com manutenção de hospitais e indicação de rol de conveniados, a operadora e o hospital respondem solidariamente pela má prestação do serviço:** “(...) contrato fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares, próprios e/ou credenciados, no qual a operadora (...) mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço (STJ. 4ª Turma. REsp 866.371/RS. Relator Ministro Raul Araújo. DJ: 20/08/2012.)”. 4. Deste modo, tanto o hospital quanto a operadora do plano respondem solidariamente. (TJ-AP - RI: 00331926720178030001 AP, Relator: JOSÉ LUCIANO DE ASSIS, Data de Julgamento: 07/05/2019, Turma recursal) (*grifo nosso*)

A decisão foi fundamentada mediante a análise dos requisitos da conduta médica que levou ao resultado, neste caso foi comprovada que houve imperícia e negligência do médico que acompanhava a paciente, e conforme já apresentado no presente estudo, o hospital e o plano de saúde irão responder civilmente de forma objetiva e solidária pela má prestação do serviço executado pelo profissional médico.

Nesta análise foi configurada a responsabilidade objetiva e solidária entre a operadora e o hospital, sendo que a operadora responderá pela escolha de seu profissional, independentemente de comprovação de culpa. Segundo Luzia Chaves Vieira (2000):

O convênio responde pela culpa in eligendo quando faz a triagem dos profissionais médicos e paramédicos que farão parte dos seus registros, in vigilando, quando deve fiscalizar a

atenção dos médicos no desempenho das suas atividades profissionais. Responde ainda pela culpa in comitendo pelo fato de concordar com a atividade dos profissionais incompetentes ou inexperientes por eles contratados para atuar em área do risco ou de alta tecnologia.

Pode-se observar, que os Tribunais Pátrios têm se manifestado fortemente em relação à responsabilidade civil dos planos de assistência à saúde quando ocorre um erro de um médico associado, no sentido de responsabilizá-los de forma objetiva e solidária, independente da comprovação de culpa deste, mas sendo necessária primeiramente a prova da culpa do médico.

3.5 Análise dos impactos da judicialização da saúde no âmbito das operadoras de planos de saúde

Pelo fato de estarmos inseridos em uma democracia e da Constituição Federal garantir o direito à saúde como um direito social em seu art.6º, quando esse direito não é atendido, é no judiciário que se busca essa efetivação. Essa busca da efetivação dos direitos constitucionais através do Poder Judiciário chama-se judicialização. Luís Roberto Barroso (2011, p.360-361), define a judicialização da seguinte forma: "Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário".

De acordo com o relatório Judicialização da Saúde no Brasil¹⁶⁰ do CNJ de 2019, o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Identificou-se que os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: "Plano de Saúde", "Seguro" e "Saúde".

Percebe-se com isso, uma participação muito elevada do assunto "Plano de Saúde" que está em primeiro lugar na lista de processos de primeira instância relacionados à saúde.

Além disso, como já demonstrado no presente trabalho o aumento dos processos por erro médico está em uma crescente, o que também acaba impactando nas operadoras de planos de saúde, porque como já visto, caracterizado a culpa do

¹⁶⁰ Relatório analítico propositivo da Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução, realizado pelo INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER em 2019. Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>

médico vinculado a operadora pela sua lista de credenciados/conveniados, ela é responsável objetiva e solidariamente pelos danos causados pelo erro médico.

A judicialização da saúde, seja por erro médico ou por outras demandas, acaba comprometendo o orçamento ou planejamento tanto do serviço público quanto do serviço privado.

Devido a escala de crescimento da judicialização da saúde, o assunto tornou-se relevante não apenas para o sistema de assistência à saúde público e privado, mas também para o próprio Judiciário, que tem de lidar com centenas de milhares de processos, vários dos quais sobre temas recorrentes e quase sempre contendo pedidos de antecipação de tutela ou liminares, exigindo uma maior agilidade e eficiência.

De acordo com matéria veiculada no site da Associação Brasileira de Planos de Saúde – ABRAMGE¹⁶¹ relatando evento ocorrido em outubro de 2020, o seminário online “Mutualismo e equidade em planos de saúde: princípios e busca por equilíbrio”, onde o ministro João Otávio de Noronha relatou a preocupação com a judicialização da saúde suplementar e o seu impacto na saúde pública:

Não se pode transferir a obrigação do Estado para os entes privados porque assim você inviabiliza o sistema. Temos cerca de 47 milhões de usuários de planos de saúde no país, então jogue 47 milhões de pessoas no SUS e veja o que acontece. Nosso dever é zelar para que as instituições cumpram seu papel, temos de zelar pelo equilíbrio econômico.

O equilíbrio econômico das operadoras de planos de saúde é algo que pode beneficiar ou impactar negativamente toda a economia, visto que o fechamento de uma empresa gera demissões e menos impostos pagos ao governo.

Conforme a ANS (Agência Nacional de Saúde)¹⁶² em dezembro de 2010, havia 1045 operadoras médico-hospitalares em atividade, em 2015 cáiram para 828,

¹⁶¹ A Abramge é uma entidade sem fins lucrativos que percebeu a necessidade de organizar e propagar o sistema privado de prestação de serviços médicos, com eficiência e qualidade. O principal objetivo da Abramge é representar institucionalmente às empresas privadas de assistência à saúde do segmento de Medicina de Grupo, junto aos órgãos federais, estaduais e municipais, em atuação no território nacional.

¹⁶² ANS – Agência Nacional de Saúde, trata-se de uma autarquia especial de normatização controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Os dados apresentados são divulgados e atualizados periodicamente em seu endereço digital: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>.

em 2020 atingiram o total de 711 e em janeiro de 2021 chegou ao total de 709 operadoras médico-hospitalares em atividade, o que demonstra uma curva decrescente. O impacto na saúde suplementar de um desenfreado crescimento da judicialização da saúde, pode falir muitas operadoras, principalmente as de menor porte, afetando também a livre concorrência e consequentemente o consumidor.

Para elucidar esse cenário, a autora Gomes (2018), em seu artigo sobre os impactos financeiros da judicialização da saúde em operadoras de saúde suplementar, destaca o seguinte:

O que pode ser observado é que os Planos de Saúde estão cumprindo um papel que é do Estado, promovendo saúde fora dos limites que se é proposto, tendo muitas vezes que custear procedimentos de cifras vultosas, que põe em risco toda uma atividade empresarial, sendo que se quer de fato é sua obrigação. As sentenças em desfavor das operadoras de Saúde Suplementar, muitas vezes em sua fundamentação remetem a Princípios e obrigações puramente estatais e que recai mais uma vez os desmandos do Poder Público na iniciativa privada, devendo esta arcar com o sucateamento da máquina pública.

Devido a necessidade de o usuário/consumidor ter os seus direitos à saúde resguardados e por outro lado, a importância de se manter o equilíbrio econômico das operadoras de planos de saúde e ganhar agilidade devido ao enorme número de processos que tramitam no Poder Judiciário, uma alternativa que tem crescido nos dias atuais são os métodos alternativos de solução de conflitos na área médica, como a conciliação, mediação ou arbitragem.

As vantagens da utilização dos métodos alternativos é que além de não envolver toda a burocracia dos trâmites de um processo no poder judiciário, existe a economia de custos processuais, respeito à confidencialidade e agilidade na solução do conflito. Em suma, pode ser uma alternativa benéfica para todas as partes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou os pontos relevantes da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, e apresentou os requisitos basilares para a configuração do erro médico e posteriormente, da operadora de plano de saúde.

Além disso, o trabalho buscou apresentar os reflexos decorrentes dos erros médicos, que dentre outros, podemos citar os altos índices de processos tramitando

no Poder Judiciário elevando o orçamento tanto da saúde pública, mas principalmente da assistência privada à saúde no Brasil.

Diante da deficiência do SUS em atender toda a população de maneira efetiva, a atuação da saúde suplementar foi elevada a um patamar de grande importância e responsabilidade no cenário brasileiro, devido a um enorme número de usuários dependentes desse sistema, fazendo com que a judicialização da saúde suplementar seja analisada com a sua devida importância.

A partir desse cenário, a análise de doutrinas e jurisprudências permitiu a conclusão de que, as operadoras de planos de saúde estão sujeitas a responderem de forma objetiva e solidária quando identificado o erro médico de seus credenciados/conveniados, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

O fato de que as operadoras de planos de saúde que limitam a escolha de profissionais médicos as suas listas vinculativas, não permitindo a livre escolha por parte do usuário, corrobora com o entendimento da aplicabilidade da responsabilidade solidária, cabendo a indenização ao usuário/paciente lesado, que ao contratar este tipo de prestação de serviços busca a segurança, previsibilidade, garantia e acima de tudo deposita a confiança de se ter um serviço prestado de maneira satisfatória e logicamente eficiente e digno.

REFERÊNCIAS

ANS – Agência Nacional de Saúde. **Dados gerais**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 20/03/2021.

ARARIPE, Lucas Andrade. **A responsabilidade civil hospitalar e médica. Uma diferenciação necessária**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/335070/a-responsabilidade-civil-hospitalar-e-medica--uma-diferenciacao-necessaria>> Acesso em: 14/11/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30/03/2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990: Código de Defesa do**

Consumidor. Brasília: Planalto, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 30/03/2021.

BRASIL. **Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998.** Brasília: Planalto, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm> Acesso em: 30/03/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002: Código Civil.** Brasília: Planalto, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 30/03/2021.

CASTRO, Karina Pinheiro. **Seguro de Responsabilidade Civil Médica e a Relação Médico-Paciente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CFM – Conselho Federal de Medicina; USP – Universidade de São Paulo.

Demografia Médica no Brasil. São Paulo, 2020. Disponível em:

<<http://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index10/?numero=23&edicao=5058#page/4>> Acesso em: 20/03/2021.

CHANAN, Tonison Rogério. **Unificação das responsabilidades contratual e extracontratual: tendência ou ficção.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. E-ISSN, 2018.

CORTEZ, Alexandre Fernandes. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 2. Ed. Caxias do Sul. Editora EDUCS, 2013.

CORREA, Vitor Augusto Osorio. **Conciliação e mediação em conflitos de direito médico.** Disponível em:

<<https://vitorcorreaad.v.jusbrasil.com.br/artigos/751524409/conciliacao-e-mediacao-em-conflitos-de-direito-medico?ref=feed>> Acesso em: 31/03/2021.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. Disponível em:

<<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>> Acesso em: 31/03/2021.

DPJ – Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Relatório Justiça em**

Números. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acesso em: 20/03/2021.

GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. **Iatrogenia e o erro médico**. Gazeta do Povo. Novembro, 2014. Disponível em:

<<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaop/artigos/iatrogenia-e-erro-medico-egb0j2tf0z6nv2133ayzrqkwe/>> Acesso em: 24/03/2021.

GOMES, Damares Torres. **Os impactos financeiros da judicialização da saúde em operadoras de saúde suplementar**. JUS.COM.BR, dez. 2018. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/70676/os-impactos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-operadoras-de-saude-suplementar>>. Acesso em: 31/03/2021.

INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>> Acesso em: 20/03/2021.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL PODE PREJUDICAR A POPULAÇÃO MAIS POBRE. **Abramge**, 2020. Disponível em: <<https://blog.abramge.com.br/saude-suplementar/judicializacao-da-saude-no-brasil-pode-prejudicar-a-populacao-mais-pobre/>> Acesso em: 22/03/2021.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Parte Geral**. 3 Ed. Rio de Janeiro. Freitas de Bastos Editora, 2017.

MORAES, Nereu Cesar de. Erro médico: aspectos jurídicos. **Revista Brasileira Cir. Cardiovascular**, São José do Rio Preto, v. 11, n. 2, p. 55-59, junho. 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-76381996000200002&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 14/11/2020.

PETIÇÃO PÚBLICA: O SUS MERECE MAIS EM 2021! CNS REIVINDICA MANUTENÇÃO DE PISO EMERGENCIAL NO VALOR DE R\$ 168,7 BILHÕES. **Conselho Nacional de Saúde**, 2020. Disponível em <<http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1297-peticao-publica-o-sus-merece-mais-em-2021-cns-reivindica-manutencao-de-piso-emergencial-no-valor-de-r-168-7-bilhoes>> Acesso em: 20/03/2021.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. A responsabilidade civil extracontratual no direito romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de responsabilidade civil atualmente existentes. **Revista Direito em Ação**, Brasília, v.10, n.1, jan./jun. 2013. Disponível em

<<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5082/3229>> Acesso em: 21/03/2021.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. 3. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SEIFERT, Ronaldo Gerd. **Responsabilidade extracontratual subjetiva e objetiva no Código Civil de 2002**. Revista de Direito, v. 9, n. 11, 2006.

SOUZA, Silvio Capanema de. O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26.pdf> Acesso em: 21/03/2021.

TJ/SP: AÇÕES POR ERROS MÉDICOS AUMENTARAM 5 VEZES NO ESTADO. **GloboNews**, 2020. Disponível em: <https://videos.files.wordpress.com/udSaI9le/processos-por-erros-medicos-aumentaram-cinco-vezes-no-estado-de-sao-paulo-diz-tj-_dvd.mp4> Acesso em: 20/03/2021.

VALVERDE, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil – Erro médico**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_03_147.pdf> Acesso em: 05/04/2021.

ADULTÉRIO E SUA CONSEQUÊNCIA NA ÁREA CIVIL

DEYVISON EMANUEL LIMA DE MENEZES:

Advogado e doutorando em direito pela Universidade Nacional de Mar del Plata - Argentina, especialista em Direito e Processo Civil, Direito e Processo do Trabalho e Direito Administrativo.

Resumo: o presente artigo procura demonstrar que mesmo o crime de adultério ter sido abolido do Código Penal essa prática ainda pode trazer consequência no Direito Civil, principalmente porque a relação entre o casal tem base na fidelidade recíproca, conforme prevê o Código Civil.

Palavras: adultério, dever de fidelidade recíproca e indenização.

Sumario: 1- Introdução, 2- Do dever de fidelidade, 3- Da responsabilidade civil e entendimento jurisprudencial, 4- Conclusão, 5- Referência Bibliográfica.

1- INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a caracterização dos danos morais decorrentes do adultério, asseverando que tal responsabilização decorre da quebra do dever de fidelidade recíproca entre o casal. Para tanto, irá se analisar se o dano moral cabe somente ao cônjuge adúltero ou pode envolver a(o) amante no pagamento de indenização decorrente do comprovado dano moral, necessitando ainda, de comprovação da situação humilhante e do sofrimento anormal.

2- DO DEVER DE FIDELIDADE

Desde ano de 2005, o adultério deixou de ser considerado um crime, embora tal ato possa trazer diversas consequências jurídicas, diversa da criminal.

Embora o adultério não seja considerado mais um ilícito penal, ambos cônjuges ainda possuem o dever moral e jurídico de fidelidade recíproca, nos termos do artigo 1.566 do Código Civil.¹⁶³

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

163CODIGO CIVIL, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acessado em 18 de janeiro de 2021.

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

Para Diniz o adultério é um ilícito civil e caracteriza a falência da moral familiar.

“Sob o ponto de vista moral e jurídico, merecem reprovação tanto a infidelidade do marido como a da mulher, por ser fator de perturbação da estabilidade do lar e da família.

É preciso não olvidar que não é só o adultério (ilícito civil) que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex.: relacionamento homossexual, namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida etc.” (DINIZ, 2009, p. 133).¹⁶⁴

O Professor Rui Stoco vai além dos pensamentos de Diniz afirmando que a infidelidade ofende não só a honra objetiva da pessoa, mas o dogma religioso.

“... que o adultério é a traição da confiança de todos: do marido, mulher e filhos, parentes e amigos. É a ofensa às instituições e até mesmo ao dogma religioso. É o menoscabo, escárnio, vilipêndio ao companheiro, com o desfazimento da *afettio societatis*. Ofende a honra objetiva da pessoa, de sorte a causar mágoa, tristeza, frustração e angústia. Não se exige que esse comportamento se exteriorize e chegue ao conhecimento externo; que ganhe publicidade. O só comportamento já causa mal à pessoa, ofendendo a sua dignidade, ferindo o seu amor próprio. Caracteriza, portanto, ofensa grave e, para alguns, insuportável. Então, se a ofensa moral

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

está ínsita – in re ipsa – mostra-se exagerado e desarrazoado impor que, para que se o reconheça a obrigação de o cônjuge infiel reparar, se exija que essa infidelidade ganhe publicidade e se converta em despudorada exibição pública.”¹⁶⁵

Ocorre que nos últimos anos vem crescendo os casos de pessoas que buscam a Poder Judiciário com o objetivo de obter uma indenização por danos morais em razão da traição do cônjuge.

O constrangimento indevido e desnecessário experimentado pela vítima, devido à traição, poderia gerar sim a indenização por danos mais, conforme Said Cahali comenta:

"a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)"¹⁶⁶

Sendo assim, percebe-se que os autores concordam que a infidelidade e o dever de lealdade, previsto no Código Civil, ferido pelas partes gera um dano emocional tão grande que merece ser indenizado por aquele que provocou o ilícito civil.

3- DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Diante da repercussão dessa prática no judiciário foi construída pela jurisprudência as hipóteses em que se aplica a responsabilidade civil.

¹⁶⁵ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

¹⁶⁶ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.pg. 20.

Deve ser observado que o simples fato de ocorrer uma traição, embora seja um ato moralmente inaceitável, não enseja automaticamente a fixação de uma indenização compensatória por esse fato.

Para ocorrer a aplicação do dano moral em razão de uma infidelidade conjugal, inicialmente deve ser aplicada a responsabilidade civil subjetiva, sendo assim, deve ocorrer uma análise do caso concreto para verificar o preenchimento de todos os requisitos legais, como a ocorrência de um ato ilícito, culposo ou doloso, o nexo de causalidade e o dano, nos termos dos artigos 186, 927 do Código Civil.

Conforme entendimento jurisprudencial sobre o tema, para que a traição se configure como um ato possível de indenização, deve ficar comprovado no caso concreto que os acontecimentos superarão os meros dissabores, decepções e aborrecimentos de uma traição, ou seja, o cônjuge traído precisa comprovar em juízo que a traição gerou danos aos direitos da personalidade.

Nesse liame os Tribunais vêm entendendo que para a ocorrência do dano moral se faz necessário que a pessoa traída cumpra seu ônus processual, nos termos do artigo 373, I do CPC e apresente provas da infidelidade e que a mesma teve como consequências situações de humilhação, constrangimento, abalo a honra, imagem, reputação, lesões concretas aos direitos da personalidade, pois a traição isolada, não enseja a aplicação da responsabilidade civil.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO MATRIMÔNIO. FIDELIDADE E LEALDADE RECÍPROCOS. 1- Embora a atual legislação civil tenha previsto como consequência para a infidelidade conjugal apenas a dissolução do contrato matrimonial, a moderna doutrina civilista, vista de forma global, entende que a violação dos deveres inerentes à sociedade conjugal, é capaz de provocar dano moral no cônjuge que sofre a traição. 2- O adultério por si só não gera o dever de indenizar por dano moral. Mas os constrangimentos e humilhações sociais que a vítima sofre com a divulgação, a propalação do fato e a sua repercussão, no seu meio social e familiar, enseja a condenação em danos morais . **APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO, APELACAO 0124042-29.2013.8.09.0006, Rel. ORLOFF NEVES ROCHA, 1ª Câmara Cível, julgado em 03/08/2018, DJe de 03/08/2018).167**

167TJGO, disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932332640/apelacao-apl-1240422920138090006/inteiro-teor-932332659>> Acesso em: 01 de janeiro de 2021.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002963-55.2010.8.08.0026 APELANTE: ADELSON DE CASTRO APELADOS: VALDINEIA SANTOS FERREIRA e WEDSON DA SILVA RELATOR: DES. SUBST. JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA ACÓRDÃO EMENTA : APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL - DANO MORAL – SUPOSTA INFIDELIDADE – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO. 1.Não há dúvidas quanto à incidência das regras de responsabilidade civil nas relações do âmbito familiar, devendo o caso em comento ser analisado à luz do artigo 186 do Código Civil. Assim, para que seja caracterizado o dano moral, e gerado o dever de indenizar, é necessária a comprovação de existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e da culpa do agente. 2.Com relação ao apontado cúmplice do convivente infiel, não há como se imputar o dever de indenizar, já que ele não possui, legal ou contratualmente, vínculo obrigacional com o convivente supostamente traído, não sendo possível exigir sua responsabilização pelo descumprimento de deveres inerente ao casamento. 3.Ainda que a união estável imponha o dever de fidelidade recíproca e de lealdade, a violação pura e simples de um dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar o direito de indenizar. A prática de adultério, isoladamente, não se mostra suficiente a gerar um dano moral indenizável, sendo necessário que a postura do cônjuge infiel seja ostentada de forma pública, comprometendo a reputação, a imagem e a dignidade do companheiro. 4.Recurso improvido. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, à unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso. Vitória/ES, 06 de outubro de 2015. PRESIDENTE RELATOR (TJ-ES - APL: 00029635520108080026, Relator: ANNIBAL DE REZENDE LIMA, Data de Julgamento: 06/10/2015, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/10/2015)168

Ademais em caso de uma condenação por danos morais quem possui legitimidade para figurar no polo passivo da ação em regram é o traidor que possui o

168TJSE. Disponível em: < <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359500120/apelacao-apl-29635520108080026>> Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

dever legal e moral de fidelidade recíproca, sendo que o cúmplice da traição não pode ser responsabilizado juridicamente por esse fato isoladamente.

Frisa-se que em caso de condenação por danos morais a indenização será fixada de acordo com a extensão do dano verificado no caso concreto, com fulcro no artigo 944 do Código Civil, não podendo ensejar o enriquecimento ilícito da pessoa traída, entretendo, a indenização deve reparar o dano e servir de desestímulo para novas condutas ilícitas.

Em suma, para a ocorrência da responsabilidade civil em virtude da traição deve ficar comprovado que a traição ultrapassou os meros aborrecimentos e causou danos concretos a pessoa traída, seja através de situações humilhantes, constrangedoras ou exposição da intimidade. Comprovando esses fatos o causador do dano deve arcar com o pagamento de uma indenização que seja capaz de reparar os danos causados.

4- CONCLUSÃO

Conclui-se que para ocorrer a aplicação dos danos morais deve ocorrer uma análise no caso concreto com o objetivo de verificar que os fatos comprovados nos autos são capazes de violar ou não os direitos da personalidade, evitando a banalização do instituto, devendo ainda ser observado o ônus da prova para a comprovação dos fatos e danos.

5- REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CODIGO CIVIL, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acessado em 18 de janeiro de 2021.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.pg. 20.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TJGO, disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932332640/apelacao-apl-1240422920138090006/inteiro-teor-932332659>. Acesso em: 01 de janeiro de 2021.

TJSE. Disponível em: < <https://tes.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359500120/apelacao-apl-29635520108080026>>.
Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

O VALOR DA PALAVRA DA CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL COMO PROVA PRINCIPAL: ANÁLISE DA FORÇA PROBATÓRIA DA PALAVRA DA VÍTIMA

KAMILA LAURIANA DA SILVA DOS REIS:

Universitária do Curso de Bacharelado em Direito na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA.

Resumo: Nos crimes de abuso sexual contra crianças, as vítimas, são frequentemente expostas aos trâmites cruciais da justiça criminal. Nos casos, em maioria, não sobejam indícios do abuso sexual praticado. A palavra da vítima se expõe como uma das poucas evidências prováveis ao processo, sobretudo, por se tratar de crime atabafado e dificilmente testemunhado por alguém. Assim, o forte abalo emocional sofrido pela vítima ao longo do incidente do abuso e toda suscetibilidade oriunda de sua dor psíquica, culpa, desrespeito de sua intimidade e horror que vivencia, implicam seu testemunho, sendo indagado por parte dos julgadores quanto a veracidade e fabulação. Por isso, o presente artigo expõe uma discussão teórica, de natureza exploratória, com a finalidade de compreender a valoração da palavra da vítima de abuso sexual infantil e o seu valor categórico no processo. Visualiza-se por conseguinte, que o processo é dirigido por um duplo ímpeto, pois de uma frente tem-se a criança ofendida e a busca da verdade real e de outra, o anteparo aos direitos constitucionais do réu, buscando um julgamento erguido na presunção da inocência.

Palavras-chave: Abuso Sexual. Prova. Valoração. Vítima.

Abstract: In crimes of sexual abuse against children, the victims are often exposed to the crucial processes of criminal justice. In most cases, there is no evidence of sexual abuse left. The word of the victim is exposed as one of the few probable evidences to the process, mainly because it is a muffled crime and hardly witnessed by anyone. Thus, the strong emotional shock suffered by the victim during the incident of abuse and all the susceptibility arising from her psychological pain, guilt, disrespect for her intimacy, and the horror she experiences, imply her testimony, which is questioned by the judges as to its veracity and fabrication. Therefore, this article exposes a theoretical discussion, of exploratory nature, with the purpose of understanding the valuation of the word of the victim of child sexual abuse and its categorical value in the process. It can be seen, therefore, that the process is driven by a double impetus, because on one hand there is the offended child and the search for the real truth, and on the other hand, the shielding of the constitutional rights of the defendant, seeking a trial based on the presumption of innocence.

Key-words: Sexual Abuse. Evidence. Value. Victim.

Sumário: Introdução. 1. A Criança e o Crime de Abuso Sexual. 2. Os Impactos do Abuso Sexual no Comportamento e a Revelação. 3. A Oitiva da Criança Vítima de Abuso Sexual. 4. A Palavra da Criança Vítima de Abuso Sexual como Prova. 5. Considerações Finais. Referências.

Introdução

Atualmente, de forma cada vez mais frequente, infelizmente, somos bombardeados com notícias de crimes de abuso sexual infantil. Nesses casos, na maioria das vezes, o agente encontra-se inserido no contexto familiar, o que significa dizer que a maioria dos agressores faz parte do ciclo social da vítima.

São diversas as formas de ocorrer um abuso sexual, desde um ato devasso até a conjunção carnal. Há vezes em que o agente se utiliza do fato de possuir alguma influência sobre a vítima, podendo, inclusive, oferecer recompensas para convencê-la, assim como, há casos em que o domínio físico e a influência psicológica coagem a vítima a realizar o ato.

Quando as vítimas não podem, não sabem ou não conseguem se defender ou procurar ajuda, elas se escondem. Destarte, se não conseguirem denunciar o mais rápido possível, as provas do crime se limitam ao relato da vítima, exceto as físicas. Além das violações, este crime pode desencadear várias barreiras psicológicas e deixar vestígios do crime para o resto de sua vida.

Reprovaadíssimo na sociedade. Um aspecto que contribui com essa afirmação e transfigura o abuso sexual infantil singularmente diverso de outros crimes é o fato da vítima ser uma criança. Comumente, elas ainda se encontram no jardim-escola, dominando, não completamente, as habilidades do idioma, por isso é difícil compreender e expor sua experiência. Quando um processo criminal é inserido, a circunstância configura-se ainda mais delicada e dolorosa. E, nesse processo, o testemunho da criança é fundamental.

O abuso pode ressoar no corpo da criança com dores, inchaços, sangramentos, DST's, gravidez etc., assim como, é capaz de interferir de forma expressiva no desenvolvimento da sua personalidade. Ademais, a depender do tipo de abuso praticado, ou pelo período dentre o abuso e a revelação, evidência nenhuma mantém-se de forma a demonstrar a violência, concernindo que para o exame pericial não restará como prova satisfatória e suficiente do crime cometido, sobejando a palavra da vítima como prova, tornando-se imprescindível considerar tal aspecto subjetivo.

No presente artigo, vamos buscar identificar qual o valor da palavra da vítima nos crimes de abuso sexual infantil e se é concebível o fundamento de uma sentença

condenatória no testemunho da vítima de abuso sexual como a principal prova do crime.

As palavras da vítima são uma das primeiras evidências a serem colhidas, por conseguinte, é indispensável uma atenção delicada, tornando-se improvável a geração de mais provas, que indiquem a materialidade e autoria. Desta forma, é compreensível que na etapa de investigação e no processo judicial seja necessário analisar as palavras da vítima.

Por tais razões, este trabalho pretende proporcionar informações sobre o tema, embasando-se na legislação e na doutrina, para que convenha não somente como objeto de estudo e aperfeiçoamento, mas igualmente como alerta aos pais, professores, promotores de justiça, magistrados e demais interessados, de maneira a dar voz às crianças, para lhes proteger.

Ouvir é um gesto de anteparo, oportunizando que a violência sexual infantil cesse.

1 A CRIANÇA E O CRIME DE ABUSO SEXUAL

O referenciado Departamento de Saúde do Reino Unido (2003, *apud* SANDERSON, 2005, p. 05), define o abuso sexual infantil desta forma:

Forçar ou incitar uma criança a tomar parte em atividades sexuais, estejam ou não cientes do que está acontecendo. As atividades podem envolver contato físico, incluindo atos penetrantes e atos não-penetrantes. Pode incluir atividades sem contato, tais como levar a criança a olhar ou a produzir material pornográfico ou a assistir a atividades sexuais ou encorajá-la a comportar-se de maneiras sexualmente inapropriadas.

Conti (2008, p. 65) assim o define:

Uma situação em que uma criança ou adolescente é usado para gratificação sexual de um adulto ou mesmo de um adolescente mais velho, baseado em uma relação de poder que pode incluir desde carícias, manipulação da genitália, exploração sexual, *voyeurismo*, pornografia e exibicionismo, até o ato sexual com ou sem penetração, com ou sem violência.

No Brasil, a cada hora, três crianças ou adolescentes são abusadas sexualmente. E isso é apenas uma estimativa, dado que mais de 80% dos casos de abuso sexual infantil não são denunciados.

Todas as crianças estão em risco do abuso sexual infantil, independentemente do gênero, condição social, raça, tipo de família, origem e demais intersecções.

Há uma amplitude de atividades sexuais executada em crianças, cujo são objetificadas para satisfação sexual, podendo incorporar atos com ou sem contato físico.

O agente que inclui a criança nessas atividades sexuais, completamente em desacordo com sua idade e sua desenvoltura psicosssexual, cuja não possui sapiência da circunstância em que está introduzida, dentro ou fora da esfera familiar, comete crime de abuso sexual infantil.

O estupro de vulnerável é o primeiro crime previsto no Capítulo II do Título VI do Código Penal Brasileiro, cujo institui os crimes sexuais contra vulnerável.

Ampara a autonomia sexual dos menores de 14 anos e das pessoas consideradas vulneráveis de acordo com o Código Penal, concedendo intransigência ao preceito constitucional que suscita que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”, segundo o art. 227, § 4º.

A Lei nº 12.015/2009 transportou atualizações ao Capítulo VI do Código Penal Brasileiro, revogando, alterando e acrescentando disposições, adequando o Código Penal às atuais mudanças nas condutas sociais relacionadas a sexualidade, harmonizando-o perante a Constituição Federal de 1988.

Uma das finalidades da Lei 12.015/2009 deu-se com a maior coibição ao crescente aumento de casos de atentados sexuais contra crianças e adolescentes. A lei em questão, anteriormente, não discorria de uma norma penal específica que versasse sobre vulneráveis, mas quem praticasse atos previstos no art. 217-A, incorria no crime de estupro (art. 213) ou no crime de atentado violento ao pudor (art. 214), a depender da conduta praticada.

A Lei inseriu novas tipificações específicas sobre vulneráveis e revogou as deliberações anteriores.

Todos os delitos previstos no Capítulo II do Título VI do Código Penal (Decreto Lei 2.828/40) foram atualizações trazidas pela lei em questão. São eles:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Art. 217 do Código Penal – Decreto Lei 2.828/40 - Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218 - Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena - reclusão, de um a quatro anos. (Art. 218 do Código Penal – Decreto Lei 2.828/40 - Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (Art. 218-A do Código Penal – Decreto Lei 2.828/40 - Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone. (Art. 218-B do Código Penal – Decreto Lei 2.828/40 - Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Ferreira (1999), explica que “vulnerável significa descoberto, desprotegido, indefeso, suscetível, desarmado, exposto, derrotável pela fragilidade que possui”.

Todas as vítimas dos crimes mencionados até aqui são classificadas e consideradas pelo Código Penal Brasileiro como sendo vulneráveis, tendo em vista que a vulnerabilidade é consoante com o sentido e propósito de cada crime.

Nesses crimes com crianças menores de 14 anos, a violência é presumida, uma vez que o consentimento da vítima é irrelevante, ainda que ela já tenha mantido relações sexuais, quando o agente mantém relação com criança menor de 14 anos, o crime permanecerá.

É obrigação de toda a sociedade civil, zelar pela integridade da criança e adolescente.

2 OS IMPACTOS DO ABUSO SEXUAL NO COMPORTAMENTO E A REVELAÇÃO

Nenhuma petiz encontra-se capaz para enfrentar o crime de abuso sexual.

O pleno desenvolvimento, nas palavras de Kung *et al* (2009, p. 95), “requer que cada fase seja vivida, elaborada e ultrapassada”.

A criança é um ser em irradiação e por estar em fase de construção cognitiva e social, em constantes etapas distintas, requer atenção especial, de cuidado e proteção.

O crime de abuso sexual infantil pode ocorrer dentro da família, por um pai, padrasto, irmão, tio ou outro parente; ou fora de casa, por exemplo, por um amigo, vizinho, professor ou qualquer pessoa estranha. Se praticado por pessoa que tenha um laço de proximidade, a criança certamente sente-se traída e abandonada, pois crianças tendem a confiar nos seus próximos, assim, quanto maior a proximidade, maior o sentimento de traição e abandono. (SANDERSON, 2005).

A vítima pode se reportar desamparada, inapta para receber carinho, afeição, amor e atenção, uma vez que são necessidades primordiais que carecem de realização a fim de se ter um desenvolvimento pleno, ou seja, natural e de acordo com a sua idade.

O abuso pode desencadear muitos sentimentos, pensamentos e comportamentos angustiantes. Aquela criança cuja essência e personalidade estão em construção, passa a não mais se enxergar de forma genuína, e tão pouco compreende ao que está sendo exposta. Não sabe que aqueles toques são abuso sexual, confundem abuso com carinho, se envergonham, sentem medo de serem punidas ou rejeitadas pelos pais ou cuidadores e ainda, sentem medo de ninguém acreditar em sua queixa.

A criança é maltratada em sua própria natureza, pois ela, como Mollon aduz (2000 *apud* SANDERSON, 2005, P. 168) “não é percebida como ela é. Sua identidade real está sendo atacada [...]”.

O abuso sexual faz a criança extraviar parte do que ela é, e após perdida a integridade pode ser árduo recuperar, uma vez que a criança se sentirá desordenada internamente, sendo incompetente para discernir qualquer coisa a respeito do ato, principalmente, o que é correto e o que é errado, o que é apropriado e o que é inapropriado. Dependendo da idade em que a criança foi exposta aos abusos sexuais, o ato pode modificar, sobretudo, o seu desenvolvimento neurológico.

Se o abuso ocorre durante períodos críticos de formação, quando o cérebro está sendo fisicamente moldado, isso induz a efeitos moleculares e neurobiológicos em cascata que, inevitavelmente, alteram o desenvolvimento neural. Maus-tratos em uma idade precoce podem ter efeitos negativos duradouros no desenvolvimento e na função do cérebro de uma criança. (TEICHER, 2002), *apud* SANDERSON (2005, p. 171).

Sanderson (2005), descreve que “os impactos causados pelo abuso têm reflexos danosos que geram sentimentos de indignidade, baixo autoestima, medo, embaraço, constrangimento, bloqueio, desconfiança, culpa e vergonha”.

O conjunto de tais piedades são capazes de transmutar a criança, tornando-a acanhada e com dificuldades de socializar com outras crianças.

O abuso tem a capacidade de destruir a esperança, destruir a autoimagem, destruir o que é bonito na vida. Pode ser tão devastador que o índice de tentativas de suicídio entre as vítimas equivale a 58% (cinquenta e oito por cento).

De acordo com a Academia Americana de Psiquiatria da Infância e Adolescência (2011, tradução nossa) o abuso sexual infantil pode desenvolver na criança comportamentos que devem servir como alerta:

- Interesse incomum em atividades sexuais ou evitamento de todas as coisas de natureza sexual;
- Problemas de sono ou pesadelos;
- Depressão ou afastamento de amigos ou familiares;
- Sedução;
- Declarações de que seus corpos estão sujos ou lesionados, ou medo de que haja algo de errado com eles na área genital;
- Recusa de ir à escola ou manifestar falta de concentração;
- Delinquência / problemas de conduta;
- Retração;
- Tornar-se alheia ou reprimida;
- Sentir medos inexplicáveis de determinados lugares ou pessoas;
- Aspectos do abuso sexual em desenhos, jogos, fantasias;
- Mudanças de personalidade;
- Agressividade incomum, ou
- Comportamento suicida.

Isoladamente, a criança que manifestar alguma dessas condutas, não necessariamente está sendo vítima de abuso sexual, mas o agrupamento dos

referidos sinais de alerta, devem ser ponderados. Aos pais e cuidadores, cabe adotar medidas preventivas, tais como:

- Escutar a criança: se ela demonstrar ou disser que não gosta de um “tio(a)”, questione o motivo;
- Ensinar a criança que ninguém deve tocar em suas partes íntimas, bem como, ela não pode tocar nas partes íntimas de ninguém;
- Orientar a criança que ela sempre deve estar vestida quando for brincar com amigos e que ninguém deve tirar fotos ou filmar suas partes íntimas;
- Ensinar a criança a dizer “não”, caso alguém toque em suas partes íntimas e a não guardar segredo, caso ocorra;
- Dê liberdade para a criança escolher quem ela quer abraçar e beijar, não obrigue ela a fazer isso com alguém que ela não queira.

3 A OITIVA DA CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL

Os agentes que incorrem na prática do referido crime precisam ser penalizados e o primeiro passo é avisar o crime de abuso sexual às autoridades competentes, com a finalidade de apurar doravante as investigações policiais e iniciado processo criminal.

A alegação de Bittencourt (1997, p. 62) aduz que:

Muitas pessoas têm dificuldade em comunicar possíveis casos de abuso sexual infantil às autoridades. No entanto, as consequências de não notificar podem ser fatais. Um outro fator que atrapalha a denúncia é a descrença nas possíveis soluções, pois, na prática, nem todos os casos são legalmente comprováveis em razão de não existir uma estrutura judicial e policial satisfatória, sob o ponto de vista da investigação.

Uma vez fundada a ação penal, instaura-se um momento sensível para a vítima, pois ela terá que discorrer sobre o ato de violação ao qual foi exposta para pessoas diferentes das quais ela está acostumada, na presença de outras pessoas diferentes, numa diligência que além de pesada e imprópria para a sua idade, é desconfortável.

A criança está em colocação oposta de desenvolvimento, sendo dever do Estado ofertar proteção e suporte quando vítima de violência sexual.

O início de um inquérito policial precisa ser uma das devolutivas do Estado no que diz respeito a proteção de sua integridade, contudo, deve ser realizado sempre em seu próprio benefício, pois a intenção é não lesar o seu desenvolvimento.

Moreira, Lavarello e Lemos (2009, p.106) compreendem que o judiciário deve adotar distintas formas de ritos processuais para adultos e crianças, visto sua conjuntura peculiar de desenvolvimento. Porém, afirmam que apesar da criança “se encontrar comprometida e afetada pela violência sexual não pode desconsiderar o seu direito à participação ativa nos processos, a ser ouvida e ter suas opiniões devidamente consideradas”.

O mundo do interrogatório sem dúvidas pode causar confusão na criança, causando sobretudo confusões em suas falas, ao desmentir o que havia dito antes, ratificando factíveis prejulgamentos sobre si. Sobre isso, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC, 1989), da mesma forma o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90) instituem, taxativamente, o direito de crianças serem ouvidas e ter suas opiniões validadas.

Insta observar que a criança fica obrigada a vários interrogatórios pelos mais diversos profissionais e instituições, até o momento processual chegar, tornando o processo ainda mais doloroso e sempre tendo sua fala colocada à prova.

A vulnerabilidade da fala da criança encontra-se no modo como é recepcionada pelos adultos, desde a exposição do abuso sexual para a família até a queixa oficial, para tanto, os trâmites judiciais deveriam buscar preservar a revitimização da criança, com a pluralidade de testemunhos.

4 A PALAVRA DA CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL COMO PROVA

A palavra da criança, vítima de abuso sexual, na maioria das vezes, é a evidência mais relevante na denúncia de um abuso sexual, e, infelizmente, também, o único meio de prova.

A vítima e o acusado normalmente são as únicas testemunhas oculares em latente e a evidência física, inexistente quase sempre.

No processo penal, as provas, possuem princípios direcionadores específicos, nesse sentido, um de maior relevância é a busca da verdade real, reduzida pelo respeito que se deve ao indivíduo por trás da evidência, seja acusado ou vítima.

“Nesse sentido, objetiva o conforto existencial das pessoas, bem como protegê-las de sofrimentos evitáveis na esfera social” (CAPEZ; CHIMENTI; ROSA; SANTOS, 2005, p. 33).

Percebe-se que o estatuto jurídico visa garantir o respeito à dignidade humana. Em paralelo, o princípio da busca da verdade real faculta ao magistrado a autonomia para ordenar a produção de provas. Como explica Nucci (2007, p. 97), “o

magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente".

No que tange a classificação das provas, a mais utilizada na jurisprudência, de acordo com Aranha (2006, p. 23) "é a classificação realizada por Framarino Malatesta, que divide as provas em 3 (três) classes, de acordo com os fins especiais a que se destinam (MALATESTA, 2003, p. 125): 'quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma'".

- Quanto ao objeto da prova: refere-se à natureza objetiva da prova. Aranha (2006, p. 26-31) divide em fatos que não precisam ser provados e os que precisam ser provados. Os primeiros, por sua vez, dividem-se em: fatos intuitivos ou evidentes. Segundo expõe Barros *apud* Tourinho Filho (2007, p. 470), "a evidência se compõe de uma noção tão perfeita de uma verdade que dispensa toda e qualquer prova"; presunções legais; fatos inúteis; e, fatos notórios.

- Quanto ao sujeito da prova: explica Gomes (2005, p. 180) que "se refere ao sujeito ou coisa que é fonte da prova e divide-se em prova real e pessoal". A prova real é o objeto que se representa por si só; a prova pessoal, sobrevém de uma consciência ativa.

- Quanto à forma da prova: "faz referência ao aspecto da forma na qual se apresenta, já que a afirmação de uma pessoa pode assumir várias formas pelas quais seu pensamento será exteriorizado" (MALATESTA, 2003, p. 333).

Por ser a mais falha na esfera do processo penal, a prova testemunhal é consagrada como a meretriz das provas. Ante a facilidade de distorção relacionada aos aspectos emocionais e sensoriais, principalmente advindos de uma criança, que tem a fragilidade presente em suas palavras, já que possui como agravante a ausência de procedimento específico para sua oitiva, contrariando, assim, o tratamento diferenciado preconizado pelo art. 227 da CF.

Tabajaski, Paiva e Visnievski (2010, p. 59) destacam que:

Nos casos em que a criança é submetida à violência sem vestígios, como em atos libidinosos diversos da conjunção carnal (não há lesões visíveis nem rompimento de hímen, ou resultado positivo de coleta de esperma), o relato da criança, nomeando e identificando o suposto agressor é considerado pelos operadores da justiça como importante prova, independente de, muitas vezes, ser a única.

Ante a natureza do crime cometido ocultamente, e por haver pouquíssimas ou nenhuma prova do ato, comprovar a materialidade do crime é tarefa árdua,

restando o testemunho da criança como sendo o único eixo da acusação. Dessa forma, é absolutamente fundamental, a fala da criança.

De forma geral, a palavra da criança vítima de abuso sexual em juízo, deve ser concebida com cautela, sendo preciso conferir com outros elementos inseridos nos autos do processo, isto significa que, constituirá prova de valor quando comprovado pelo conjunto probatório. Porém, nos crimes sexuais, pela conjuntura que se consuma, sem a presença de outras testemunhas, a palavra da vítima possui especial relevância.

A palavra infantil tem pertinente valoração na formação da convicção dos entendimentos jurisprudenciais:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. TRANSMISSÃO DE DOENÇA. HPV. FORMA QUALIFICADA DO CRIME. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. APLICAÇÃO DA PENA. PROPORCIONALIDADE. PENA PECUNIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. 1) Os crimes cometidos contra a dignidade sexual são, normalmente, cometidos à escondida, sem testemunha presencial, de sorte que a palavra da vítima assume especial relevo no contexto probatório, mormente quando amparada pelas provas dos autos. [...] (STF – ARE: 1027330 AP – AMAPÁ 0000300-44.2013.8.02.0002, Relator, Min: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 06/03/2017, Data de Publicação: DJe: 046 10/03/2017. Editado).

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ATOS LIBIDINOSOS). CONDENAÇÃO. Mantida a condenação, diante do conjunto probatório, indubioso em relação à ocorrência do delito e a autoria. PALAVRA DA VÍTIMA. CRIANÇA. VALOR PROBANTE. A palavra da vítima, ainda que se constitua ela de uma criança de cinco anos de idade, autoriza a condenação, notadamente quando se mostra uniforme e segura quanto à ocorrência do delito e sua autoria. (Apelação Crime Nº 70075258822, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: GENACÉIA DA SILVA ALBERTON, Julgado em 28/03/2018. Editado).

A valoração da palavra da criança vítima nos crimes sexuais justifica-se na interpretação da sua paridade com restantes elementos presente nos autos, instaurando uma sustentação probatória com coesão e coerência que tem que sobrelevar sobre suposta não confissão do réu.

Validar a palavra da vítima infantil não significa a não valoração das declarações do acusado, mas sim, o exame acautelado e cuidadoso dos autos, não existindo violação aos direitos do ofensor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, o trabalho apresentado cuidou de fazer a análise do valor da palavra da criança vítima de abuso sexual sob o enfoque penal e jurídico.

Diante de todo o exposto, ficou comprovado que inédita valoração conferida ao testemunho da criança vítima do abuso sexual não prejudica, de nenhuma forma, as garantias do acusado. Em virtude disso, a palavra da vítima deve ser analisada criteriosamente, com muita atenção a qualquer indício, principalmente quando tratar de criança, uma vez que a realidade pode ser camuflada com a fabulação induzida pela figura representativa do agressor.

Fundamental, por conseguinte, que haja por parte do julgador uma rigorosa análise do conjunto probatório, da qual descenda o entendimento das certezas processuais, verificando-se a necessidade de conceder especial valia ao depoimento da vítima, sempre com a finalidade obter, fundamentadamente, a justa responsabilização do acusado sua absolvição, se for o caso.

É importante esclarecer, que não se pretende, resguardar a asserção de que a criança estará sempre a narrar o fato tal como ocorreu, porém precaver os cuidados específicos devem ser tomados em sua oitiva, independente da fase processual, uma vez que refere-se a um ser humano dotado de condição característica, isto significa dizer que, merece um tratamento diferente de uma pessoa plena e civilmente capaz, que lhe garanta proteção de forma integral e precedência no atendimento, conforme previsão constitucional, especificada pelo estatuto da criança e do adolescente.

Sendo assim, o presente estudo aponta a necessidade emergente de compreensão dos profissionais que lidam com situações como as tratadas, referentes ao abuso sexual infantil, pretendendo, dessa forma, a produção de uma prova de qualidade, favorecendo o processo e o poder punitivo do estado, além da proteção integral ao menor.

REFERÊNCIAS

AACAP, American Academy of Child and Adolescent Psychiatry. **Facts for Families: Child Sexual Abuse**. Washington: AACAP, 2011. Disponível em: http://www.aacap.org/App_Themes/AACAP/docs/facts_for_families/09_child_sexual_abuse.pdf. Acesso em: 10 de Out de 2020.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm> > Acesso em: 06 abril. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/legislacao/Decreto-Lei/Del2848.htm> > Acesso em: 06 abril. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federativa da República do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 06 abril. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm> > Acesso em: 06 abril. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando; **CHIMENTI**, Ricardo Cunha; **ROSA**, Márcio F. Elias; **SANTOS**, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Da Pedofilia: aspectos psicanalíticos, jurídicos e sociais do perverso sexual**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KUNG, Ângela G. **O direito à sexualidade em tempos de pedofilia e criminalização: uma contribuição para a desconstrução da generalização e do sensacionalismo atuais**. In: ANCED (Associação Nacional dos Centros de Defesa da

Criança e do Adolescente). **A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais**. São Paulo: Impressão, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: LZN Editora, 2003.

MOREIRA, Cleyse. **LAVARELO**, Fernanda. **LEMOS**, Roberta Freitas. **A escuta protegida de crianças e adolescentes no sistema de justiça - "Somos contra ou a favor do depoimento sem dano?": uma falsa polêmica colocada em debate no cenário nacional**. In: ANCED (Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente). **A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais**. São Paulo: Impressão, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Marco Aurélio. Depoimento sem dano: ouvindo a criança de forma a evitar mais traumas. **Ministério Público do Estado do Espírito Santo**, 2008. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/criminal/7296/>, Acesso em: 8 abril. 2021.

SANDERSON, Christiane. **Abuso Sexual em Crianças**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora LTDA, 2005.

STF – ARE: 1027330 AP – AMAPÁ **0000300-44.2013.8.02.0002**, Relator, Min: **ROBERTO BARROSO**, Data de Julgamento: 06/03/2017, Data de Publicação: DJe: 046 10/03/2017.

TABAJASKI, Betina. **PAIVA**, Cláudia Victolla; **VISNIEVSKI**, Vanea Maria. **Um Novo Olhar sobre o Testemunho Infantil**. em *Só Pedagogia*. Virtuuous Tecnologia da Informação, 2008-2021. Consultado em 25/03/2021 às 14:21. Disponível na Internet em http://www.pedagogia.com.br/artigos/um_novo_olhar/index.php?pagina=2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**: arts. 1º a 393. São Paulo: Saraiva, 2007.

A SUCESSÃO DE COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL A PARTIR DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 646.721 E 878.694

LUANA CAROLINE BARBOSA PEREIRA:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus/CEULM
ULBRA.

RESUMO: O presente artigo tem por sua finalidade analisar a sucessão dos companheiros à luz do Código Civil e demais legislações brasileiras que tratam sobre o tema, tendo por seu fundamento principal a análise do respectivo instituto em conformidade com o julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694 julgados pelo Supremo Tribunal Federal que dispõem sobre como deve ocorrer a sucessão nos casos em que há a constância de união estável. Nesse sentido, será visualizada a união estável de modo abrangente e instituídos os preceitos acerca da sucessão, emanando-se, após, os julgados ora elencados, com fulcro de elucidar de modo mais claro possível acerca do tema, bem como, de demonstrar as diretrizes de direitos fundamentais que entornam os entendimentos firmados acerca desta situação comumente visualizada no âmbito social.

Palavras-chave: Sucessão. Companheiro. União estável. Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694 do STF. Igualdade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the succession of companions in the light of the Civil Code and other Brazilian laws dealing with the subject, having as its main basis the analysis of the respective institute in accordance with the judgment of the Extraordinary Resources 646,721 and 878,694 judged by the Supreme Federal Court that provide for how the succession should occur in cases where there is the constancy of a stable union. In this sense, the stable union will be viewed comprehensively and the precepts about succession will be instituted, emanating, afterwards, the judges now listed, with the aim of elucidating as clearly as possible about the theme, as well as demonstrating the guidelines. fundamental rights that surround the understandings made about this situation commonly seen in the social sphere.

INTRODUÇÃO

Adota-se no presente artigo uma metodologia de abordagem exploratória, que “tem como finalidade proporcionar mais informações sobre o assunto que vamos investigar, possibilitando sua definição e seu delineamento, isto é, facilitar a delimitação do tema da pesquisa; orientar a fixação dos objetivos e a formulação das hipóteses ou descobrir um novo tipo de enfoque para o assunto. Assume, em geral, as formas de pesquisas bibliográficas e estudos de caso.” (PRODANOV, 2013, p. 51).

Os procedimentos adotados na pesquisa foram a pesquisa bibliográfica, documental, sendo a primeira marcada pela pesquisa realizada a partir de material já publicado, com a finalidade de contato pelo autor com material já descrito sobre o assunto de pesquisa (PRODANOV, 2013, p. 54), e a segunda, como aquela que “baseia-se em materiais que não receberam ainda um tratamento analítico ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.” (PRODANOV, 2013, p. 54).

A presente análise tem por sua finalidade fazer uma reflexão sobre a condição sucessória do companheiro sobrevivente da união estável, fazendo uma comparação entre o tratamento jurídico conferido pelo Código Civil de 2002 e o tratamento jurídico conferido pelo julgamento dos Recursos Extraordinários número 646.721 e 878.694 julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

O tema entorna a sucessão legítima, esta que é caracterizada pela partilha de patrimônio do *de cuius* onde são transmitida a propriedade destes bens aos seus herdeiros, sem a necessidade de testamento, herdeiros estes que são determinados em lei.

Inicialmente, cumpre-se observar sobre a matéria sucessória, que o Código Civil de 2002 faz alusão distinta para as diretrizes a serem seguidas quanto à partilha de bens quando se tratar de união estável e de Casamento.

O artigo 1.790 faz alusão à hipótese de sucessão sob união estável. Vide:

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.

No Código Civil, o artigo 1.723 que trata sobre a união estável, encontra-se a seguinte definição para o termo: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurando na convivência pública, contínua e

duradura e estabelecida com o objetivo da constituição de família” (BRASIL, CCB, 2002).

No âmbito da relação familiar constituída a partir da união estável, a previsão legal é de que o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, não havendo previsão quanto à meação, bem como, quanto aos bens individuais do falecido.

Já o artigo 1.829 dispõe sobre a sucessão na vivência do casamento. Vide:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Evidente é que o respectivo ordenamento jurídico traz uma espécie de distinção entre ambas as modalidades de constituição familiar no que concerne à divisão sucessória, nesse sentido, a partir do aspecto discriminatório acerca das disposições legislativas emanadas pelo Código Civil de 2002, o Supremo Tribunal Federal julgou os Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721 com a finalidade de dispor acerca desta questão.

1. DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E 646.721 JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Os casos julgados nos respectivos Recursos Extraordinários versam sobre o direito do companheiro em ser reconhecida a união estável que possuía com o *de cujus*, seja ele homossexual ou heterossexual, bem como, a possibilidade de perceber seus direitos sucessórios em conformidade com o artigo 1.829 e seguintes do Código Civil de 2002, qual seja, disposições sucessórias no estado de casamento.

A disposição sobre o tratamento distinto em relação à condição de conjugue e companheira foi objeto do Recurso Extraordinário 878.694, vide Ementa:

Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida. (STF. RE 878694 RG / MG. RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO. Data do julgamento 10 de abril de 2015. Data publicação 16/04/2015).

No respectivo processo, observa-se que foi tratado o reconhecimento de necessidade de reanálise da distinção sucessória entre as respectivas entidades familiares, trazendo por fundamento a demonstrada possibilidade de inconstitucionalidade da referida distinção, em face da violação do princípio da igualdade e pela desconformidade com o artigo 226 da Constituição Federal. Sendo reconhecida como matéria de repercussão geral.

Já no Recurso Extraordinário 646.721 observa-se o julgamento com a disposição expressa sobre o entendimento do STF. Vide:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou

diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal

hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (STF. RE 646721 / RS. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO. REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 10/05/2017).

Comporta o julgamento do respectivo tema, portanto, o Direito sucessório da relação homoafetiva, sendo determinada a equiparação as relações heterossexuais e homossexuais, bem como, o direito sucessório de ao companheiro ser dada a tutela jurisdicional estabelecida para o conjugue.

Nesse sentido, respectiva decisão reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e determinou o direito do companheiro em ser assistido com as normas sucessórias emanadas pelo artigo 1.829 do mesmo Código.

Sua fundamentação está embasada nos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Cidadania, da Igualdade e Liberdade do Pluralismo Político, da Não Discriminação e da Especial Tutela da Família Plural, conforme elenca a Ministra Carmen Lúcia.

Quanto a tal questão, TARTUCE (2015, p. 862) traz a afirmação de que

Assim como há a igualdade entre filhos, como outra forma de especialização da isonomia constitucional a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal ou convivencial formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, § 3.º, e art. 5.º, I, da CF/1988).

Enuncia o art. 1.511 do CC/2002 que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3.º, da CF/1988.

Assim sendo, observa-se que após a análise do tema 498 da repercussão geral nascido pelo RE 848.694, há uma importante alteração trazida pela jurisprudência no que tange às diretrizes a serem seguidas ao realizar o procedimento sucessório quando existente união estável, bem como, a impossibilidade de discriminação em face da tutela estabelecida aos casais homoafetivos.

2. ANÁLISE DE JULGADO APÓS O JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E 646.721.

O presente momento do artigo tem por sua finalidade fazer uma análise acerca de acórdão proferido em sede de Agravo de Instrumento de número 70084337047 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstrando o instituto da partilha de bens em detrimento da existência de união estável, com fulcro de elucidar a aplicabilidade do julgado dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, emanando também a sub-rogação e a meação. Vide ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. AVERIGUAÇÃO ACERCA DE SUB-ROGAÇÃO QUANTO A BENS PARTICULARES DA COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. Em ação de inventário, a atuação jurisdicional é bastante limitada e objetiva, estando vinculada tão somente à busca da regularização da titulação do patrimônio transferido aos sucessores, mediante a arrecadação dos bens e direitos deixados pelo falecido para posterior pagamento das dívidas e tributos porventura existentes e, finalmente, partilha do que sobejar entre os herdeiros. Assim, o acervo de bens a inventariar deve vir ao caderno processual de modo certo e definido, o que enseja o encaminhamento de discussões que necessitam de instrução probatória e amplo debate com garantia do contraditório – como é o caso da apreciação da questão da sub-rogação em debate – aos meios ordinários, na esteira do mencionado art. 612 do CPC. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento, Nº 70084337047).

Inicialmente vale trazer um aparato geral acerca do caso concreto que embasa

a análise. Trata-se de um processo de inventário onde a agravante alega que o bem imóvel objeto da discussão foi adquirido na constância da união estável, esta que reconhecida pelo de cujus e por todos os conhecidos do casal, devendo o referido bem ser objeto de partilha nos limites da comunhão parcial de bens, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil de 2002, devendo o bem ser incluído para fins de partilha de bens.

Ressalte-se que, antes da divisão de bens conferida a partir do inventário, deve ocorrer a meação dos bens, no caso concreto, em face da comunhão parcial de bens vinculada à concreta existência da união estável. Nesse sentido, MADALENO (2020, p. 342) explica a meação, dentre outros, sob o regime de comunhão parcial de bens, vide:

Nesses regimes de comunicação de bens figura o instituto da meação, correspondente à metade de alguma coisa, presumindo que a outra metade do bem pertence a outra pessoa. No direito sucessório, morrendo um dos cônjuges ou companheiros, deve ser apurada a meação do sobrevivente, cuja metade já lhe pertence desde o casamento ou início da convivência, em conformidade com o regime de bens adotado, correspondendo a outra metade à herança, que é a meação deixada pelo falecido, e esta meação e outros bens particulares do defunto são transmitidos aos seus sucessores legítimos e testamentários.

A dissolução do regime de comunidade de bens pela morte de um dos cônjuges ou conviventes produz, como refere Francisco Ferrer, a atualização do direito de cada um dos consortes ou companheiros sobre a sua meação e dos herdeiros sobre a meação do sucedido.

A meação decorre do regime de bens entre os cônjuges e não se confunde com os bens que são objeto da sucessão, pois, quando existente a meação, ela pertence ao cônjuge ou companheiro sobrevivente e não é herança. Meação e direito sucessório são institutos jurídicos distintos, sendo a meação inerente ao regime dos bens que se comunicam pelo casamento ou pelo estabelecimento de uma união estável.

Com a visualização sobre o instituto da meação, traz-se o artigo 1.659 do Código Civil de 2002 que determina que “Excluem-se da comunhão: [...] II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-

rogação dos bens particulares”, em miúdos, não há direito à meação, quando em comunhão parcial de bens, sobre os bens exclusivos do cônjuge ou àqueles adquiridos exclusivamente a partir dos bens particulares deste, mesmo que isto ocorra na constância do casamento ou união estável.

No sentido supracitado, GONÇALVES (2012, p. 405)

O regime em epígrafe caracteriza-se pela comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento. Estabelece o art. 1.658, com efeito, que, “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”.

Os bens incomunicáveis, próprios ou particulares de cada cônjuge, não são, desse modo, somente os que cada um possuía por ocasião do casamento, mas também os elencados no art. 1.659 do Código Civil.

Observamos com a análise do julgado que atualmente a jurisprudência, conforme acolhimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, acaba por aderir os preceitos legislativos sobre o casamento para lidar com a sucessão advinda de existência de união estável.

Assim sendo, os herdeiros necessários, conforme o artigo 1.845 do Código Civil são os descendentes, ascendentes e o cônjuge, e no caso em questão a companheira convivente também figura como herdeira necessária diante da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da decisão trazida, resta vislumbrado que a principal ideia trazida no julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721 julgados pelo Supremo Tribunal Federal é o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Note-se que os trechos sempre trazem a desconstituição da vulgarização construída pela sociedade quanto à constância da união estável e não do casamento.

Considerando o caso narrado, verificamos a notória existência também dos critérios de universalidade e interculturalidade presentes no âmbito da construção dos direitos humanos e fundamentais que entornam a decisão.

Sobre o caráter de universalidade presente no julgado, considerando que as tratativas da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal observaram a equidade no tratamento entre conjugue e companheiro, bem como, dispõe sobre que se obste a ocorrência de aplicação de disposições legislativas distintas, buscando

o tratamento igualitário entre pessoas que se apresentam na mesma qualidade em relação à constituição da família.

No sentido supracitado, vislumbramos a aplicação do critério de universalidade dos direitos humanos e, conseqüentemente, fundamentais, tendo em vista que se atrela diretamente ao dever de igualdade entre os seres humanos, em nível global, não podendo haver distinção de tratamento ou a instituição de desrespeito por quaisquer aspectos individuais.

Quanto ao caráter de interculturalidade dos direitos humanos, consoante demonstrado em recapitulação à decisão ocorrida no momento da tratativa sobre o caráter da universalidade, insta demonstrada a sua ocorrência no caso concreto, tendo em vista que tal preceito está intrinsecamente atrelado ao respeito às diversidades sociais quando analisado sobre a sua perspectiva macro, haja vista que incorpora discussão acerca da realidade social brasileira, que é a não ocorrência do casamento, mas a constituição de um vínculo afetivo que tem por finalidade a constituição de família, que é a união estável.

Deste modo, antes do julgamento do tema supracitado, o companheiro, de acordo com o Código Civil de 2002 tinha direito somente de receber a título de herança os bens adquiridos na constância da União Estável, se adquiridos onerosamente; não havia um patamar mínimo para sua quota parte; receberia a metade da quota parte devida aos descendentes do *de cujus*, quando em se tratando de filhos somente deste e, em se tratando de filhos em comum, teria direito à quota parte igual a concebida a estes; teria direito à 1/3 da herança na existência de parentes sucessíveis; tendo direito à totalidade da herança somente quando não houvesse qualquer das hipóteses elencadas, devendo ser observado que esse direito se refere somente a bens adquiridos na constância da respectiva União e de caráter oneroso, não se enquadrando no disposto os demais bens do *de cujus*.

Atualmente, com a referida evolução, o companheiro passou a ser considerado como herdeiro legítimo e, por consequência, seus direitos equiparados ao do conjugue, sendo adquiridos os direitos sucessórios deste, dentre os quais, é importante destacar: o direito real de habitação do imóvel objeto de residência familiar; determinação de quota mínima de 25% em caso de ascendente dos descontentes do *de cujus*; qualidade de herdeiro necessário.

Tal decisão emana o princípio da igualdade elencado pelo artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal de 1988, que determina que "qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Madaleno, Rolf. Sucessão legítima / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico / Cleber Cristiano Prodanov, Ernani Cesar de Freitas. 2ª Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

STF. RE 646721 / RS. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO. REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 10/05/2017.

STF. RE 878694 RG / MG. RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO. Data do julgamento 10 de abril de 2015. Data publicação 16/04/2015.

Tartuce, Flávio Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

DISPENSA DE LICITAÇÃO EM PERÍODOS DE PANDEMIA: ANÁLISE SOB À ÓTICA DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 13.979/2020

TÂNIA LOPES FERREIRA:
Bacharelada do Curso de Direito,
Servidora Pública da Secretaria de
Cidadania e Justiça do Estado do
Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA
WELLINGTON GOMES MIRANDA
(orientadores)

RESUMO: O estudo em tela possui o seguinte objetivo: analisar a dispensa de licitação em períodos de pandemia: Análise sob a ótica do art. 4º da Lei 13.979/2020. Sua importância denota o fato de que a licitação está regulamentada pela Lei nº 8.666/93, sendo que a obrigação de licitar decorre do art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB) de 1988. Neste cenário, surge a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Metodologicamente, o estudo se caracteriza pela revisão bibliográfica, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com ênfase em seu art.4º. Trata-se de uma medida condizente com as necessidades da atualidade não devendo, por evidente, ser instrumento de desvirtualização. Por isso, é necessária rigorosa fiscalização nesse sentido.

Palavras-Chave: Dispensa. Licitação. Pandemia.

ABSTRACT: The on-screen study has the following objective: to analyze the exemption from bidding in periods of pandemic: Analysis from the perspective of art. 4º of Law 13.979/2020. Its importance denotes the fact that. Bidding is regulated by Law No. 8,666/93, and the obligation to bid stems from article 37, XXI of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CFRB) of 1988. In this scenario, law no. 13,979 of February 6, 2020 appears, which provides for measures to cope with the public health emergency of international importance resulting from the coronavirus responsible for the 2019 outbreak. Among other emergency measures, Law No. 13,979/2020 brought in its art.4º the provision of exemption from bidding for the acquisition of goods, services and supplies necessary for public health as long as the public health emergency of international importance due to coronavirus persists. Methodologically, the study is characterized by the bibliographic review, of Law No. 13,979, of February 6, 2020, with emphasis on its article 4. It is a measure

consistent with the needs of today and should not, of course, be an instrument of devirtualization. For this reason, strict supervision is necessary in this regard.

Keywords: Dispense. Bidding. Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

É indiscutível que o surto decorrente da descoberta do novo coronavírus em 2019 (COVID-19) trouxe diversos impactos econômicos e sociais em todo o planeta e no Brasil, inclusive. A crise provocada por esta pandemia gerou diversas medidas necessárias por parte do governo para socorrer a população.

Neste contexto, encontra-se o processo de aquisição de bens e serviços emergenciais que possam auxiliar no enfrentamento da situação. A licitação é o procedimento administrativo formal e isonômico pelo qual a Administração Pública pode, mediante um processo de regras e critérios legais, avaliar e contratar bens, obras, serviços, compras e alienações, da forma mais vantajosa ao interesse público. Em outras palavras, é o meio de compra e venda da Administração Pública, podendo ser dispensada apenas em alguns casos previstos em lei.

Ressalta-se aqui que, a licitação é a regra, e os casos de dispensa e inexigibilidade são exceções que, para serem aplicados devem estar devidamente fundamentados pela gestão pública. A licitação está regulamentada pela Lei nº 8.666/93, sendo que a obrigação de licitar decorre do art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB) de 1988.

Neste cenário, surge a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019. Dentre outras medidas de emergência, a Lei nº 13.979/2020 trouxe em seu art.4º a previsão da dispensa de licitação para aquisição contratação de bens, serviços e insumos necessários à saúde pública enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

A licitação possui notória relevância na sociedade, especialmente no aspecto financeiro de muitas empresas, pois pode ser um negócio muito vantajoso, e que movimenta bilhões de reais anualmente nos mais variados ramos de produção e serviços, é através dela que o Poder Público satisfaz as necessidades públicas e ao mesmo tempo fomenta o desenvolvimento econômico do país. Trata-se, portanto, de um assunto de alta relevância em diversas áreas de atuação.

É de saltar aos olhos a importância da licitação e o seu devido processamento legal para o interesse público, haja vista sua colocação como instrumento de controle

de recursos públicos, evitando-se assim desvios de finalidade por parte de seus administradores, corrupção, furto de dinheiro público etc.

Dentre as opções de métodos disponíveis, escolheu-se por adotar a abordagem dedutiva a qual se refere ao raciocínio que parte do geral e segue para o particular, por meio de argumentos verdadeiros para então atingir a conclusão.

A partir de uma linha de raciocínio dedutiva, serão utilizados métodos auxiliares que possuem fins mais concretos em relação à explicação geral dos fenômenos objetivos. Dentre estes métodos de procedimento destaca-se o histórico e o comparativo. O primeiro baseia-se na investigação dos eventos passados, a fim de verificar sua relação com a sociedade atual e o segundo para comparar as situações afetadas pelo tema e verificar as semelhanças e diferenças entre elas.

2 A MORALIDADE NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA

2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é composta exclusivamente pelos órgãos integrantes da administração direta (órgãos vinculados a uma pessoa jurídica que exerce atribuições administrativa e pelas entidades compreendidas como administração indireta. Sendo entidades da administração indireta as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A administração direta é representada pelos órgãos que compõem as pessoas políticas do Estado (União, estado, Distrito Federal e municípios), que receberam qualificações para o exercício, de forma centralizada, de atividades administrativas (GASPARINI, 2017).

Por sua vez, a administração indireta é representada pelo conjunto de pessoas jurídicas desprevidas de autonomia política, ligadas à administração direta. Neste lugar, o Estado transfere a sua titularidade ou execução das funções para que outras pessoas jurídicas, ligadas a ele, para que estas possam satisfazer as demandas. (JUSTEN FILHO, 2016).

A administração pública consiste, em linhas gerais, como o conjunto de ações, diretrizes, princípios, dispositivos, entre outros, que regem a Administração do Estado. A principal função do Estado é prover e garantir os direitos individuais e coletivos dos indivíduos que nele se encontram, no entanto, esses direitos se alteram com o decorrer do tempo em decorrência das grandes e constantes transformações.

Administração Pública, em sentido objetivo, é a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos (DI PIETRO, 2019, p. 52)

Entre as várias áreas práticas de utilização da administração, está a gestão de organizações públicas que cumprem seu papel com a efetivação das políticas públicas. Assim como no caso da administração geral, o estudo da administração no contexto público é recente, mas suas práticas são antigas. Nesse sentido, Heady (1970, p.13) diz que “a Administração Pública como um aspecto da atividade governamental existe desde que os sistemas políticos funcionam e tentam alcançar objetivos programados estabelecidos pelos que tomam as decisões políticas”.

Como ciência e área de formação, a administração pública constituiu-se nos Estados Unidos, há mais de meio século, tendo como objetivo a preparação de servidores públicos para a administração pública moderna.

A responsabilidade sobre os atos e as funções inerentes aos serviços públicos tem vindo a ser firmada em torno do conceito de preocupação para com a função pública, decodificado como o compromisso de responder pelos resultados, no sentido do controle cuidadoso dos atos administrativos, da atenção pela legalidade, dos métodos de trabalho, da eficiência na prestação de serviços para a sociedade e da pronta responsabilização de atos e autores que contrariem os interesses da Administração Pública, tais como a inépcia, a corrupção. (JUSTEN FILHO, 2016)

Em análise mais extensa pode-se dizer que a responsabilidade do servidor frente aos serviços públicos está voltada à observância de valores éticos, às pessoas, à sociedade e a própria Administração Pública e são essenciais para compor estratégias que constituem sinergia com o cidadão, materializando e sustentando imagem e reputação de instituição cidadã e responsável.

2.2 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

A administração pública é fundamentada por princípios. A obediência a esses princípios é requisito indispensável para a concretização dos fins sociais almejados pela sociedade. Assim sendo, os princípios constitucionais norteadores da administração são legalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

2.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade preceitua que toda atividade da Administração Pública deverá ser exercida nos exatos ditames da Lei. Não sendo assim, estará a Administração incorrendo em ação contrária à lei, passível de nulidade, pois não se vinculou ao que a lei determinou.

O vocábulo lei é utilizado constitucionalmente para indicar diversas espécies de atos estatais, tal como se vê no elenco contido no art. 59 da CF/88. Rigorosamente, a expressão lei

indica um gênero que abrange a Constituição (e suas emendas), às leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e, mesmo, as resoluções. (...). Mais precisamente, o princípio da legalidade significa a necessidade de uma manifestação de vontade dos órgãos constituídos pela Constituição, representativos da soberania popular.” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 192)

Portanto, ao observarmos este princípio, constatamos o quão importante ele é, pois, o mesmo protege o cidadão de arbitrariedades e desvios da Administração Pública. O princípio da legalidade é umbilicalmente ligado ao Estado Democrático de Direito, pois este está submetido à lei.

Nesse enfoque, seguindo o raciocínio de Bandeira de Mello (2014, p. 93):

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Onde administrar é prover aos interesses públicos assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.

Observe-se ainda, que quando se fala no agir da Administração Pública dentro dos preceitos da lei, se quer dizer que todos os seus agentes deverão obedecer do mesmo modo o comando legal, desde o agente do mais alto patamar, até o mais simples dos servidores, sem exceção. Sendo assim, pelo princípio da legalidade, fica estritamente vedado à Administração e seus agentes agirem de forma contrária ao interesse público, de forma que não se coadunem com os preceitos legais.

2.2.2 Impessoalidade

Para uma melhor compreensão do referido princípio tratá-lo-emos sob dois enfoques distintos. O primeiro prisma traz à tona a impessoalidade como determinante de toda a performance administrativa, traduzindo a ideia de que toda atuação da Administração deve visar ao interesse público, satisfazendo-o (FAZZIO JÚNIOR, 2015).

Essa atuação impede que determinado ato seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, impedindo assim

perseguições ou favorecimentos aos administrados. Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público será nulo por desvio de finalidade.

O objetivo da atuação da Administração pode estar expresso ou implícito na lei, havendo sempre uma finalidade geral, que é a satisfação do interesse público, e um escopo específico, que é o fim direto ou imediato que a lei pretende atingir (MELLO, 2016).

A segunda acepção do princípio da impessoalidade aparece como vedação a que o agente público se valha das atividades desenvolvidas pela Administração para obter promoção pessoal, ou seja, está ligada à ideia de vedação à pessoalização das realizações da Administração Pública, estando consagrada no § 1º do art. 37 da Constituição Federal. Veja-se:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos.

Nesse desdobramento a impessoalidade tem por escopo proibir a vinculação de atividades da Administração à pessoa dos administradores, evitando que estes utilizem a propaganda oficial para sua promoção pessoal.

2.2.3 Princípio da moralidade

Princípio que impõe à Administração Pública o agir ético de seus agentes, de forma proba moralmente aceitável. Essa moral administrativa pode ser diferenciada da moral comum, não em sua essência, mas sim pelos seus efeitos no mundo jurídico, pois os atos administrativos praticados em discordância com o princípio da moralidade deverão ser declarados nulos.

Conforme lições de Pedro Braga (2015, p. 81), a moralidade administrativa tem registro constitucional como um dos princípios norteadores da Administração Pública. Segundo o autor: “a probidade igualmente, eis que é uma forma que a moralidade assume na prática (art. 37 da CRFB). [...] a imoralidade administrativa constitui razão plausível para a nulidade do ato inquinado de vício”

O Decreto nº 1.171/1994 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal) prescreve que “o servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente”.

A moralidade administrativa deve ser observada pelo agente público, em seu agir, de modo objetivo e não de forma subjetiva.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio da administração pública (art 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral STF – 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030).

Como visto, deverá o agente público, além de agir dentro dos ditames legais e observando o interesse público, observar também se sua conduta está sendo moral, proba, ética, pois a moralidade administrativa integra a legalidade do ato administrativo. Como já diziam os romanos: “non omne quod licet honestum est”, ou seja, nem tudo que é legal, é honesto.

A moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. Urge ressaltar que não podemos confundir o princípio da moralidade com o da legalidade, pois a Constituição expressamente faz menção aos dois princípios autonomamente, não se confundindo. Segundo Di Pietro (2019, p. 40):

A moralidade administrativa se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utilizava de meios lícitos para atingir finalidades meta jurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Assim, conclui-se que o princípio da moralidade trata dos padrões éticos, mas objetivos, que são assimilados e difundidos entre todos, e não apenas uma noção puramente pessoal, do agente administrativo (GASPARINI, 2017).

2.2.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade prevê que os atos praticados pela Administração Pública devem ser públicos. Tal exigência decorre do Estado Democrático de Direito, pois nesse sistema não se pode admitir a prática de atos de forma sigilosa, excetuando-se os casos previstos na Constituição Federal.

Di Pietro (2019, p. 67) leciona que:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Claro é que com a publicação dos atos, emerge a possibilidade de controle pelo povo, pois é evidente que só com o conhecimento de seus conteúdos é que se poderá exercer esse direito de controle. Além da questão da transparência e do controle, a publicidade dos atos confere eficácia aos mesmos, pois só a partir da sua devida publicação, é que o ato começará a produzir os seus efeitos.

2.2.5 Princípio da eficiência

Através do princípio da eficiência é imposto aos agentes públicos o dever de executar suas atribuições de modo mais eficiente possível, prestando desta forma, um serviço satisfatório aos seus usuários.

O princípio da eficiência impõe que o agente público desempenhe suas atividades estatais com maior agilidade, perfeição, qualidade e apontada pelas modernas técnicas administrativas. A eficiência assume duas divisões elementares: a primeira consiste em organizar e estruturar a máquina estatal com o objetivo de fazer com que ela fique mais racional de tal modo que as demandas da coletividade sejam alcançadas de forma mais aceitável e a segunda, é regular a atuação dos agentes públicos buscando que estes tenham um desempenho melhor a fim de atingirem os melhores resultados com uma menor proporção de custos envolvidos (MANSOLDO, 2009).

Para que isso ocorra, os serviços devem ser prestados de forma rápida, econômica, com zelo. Não há mais espaço para serviços de má qualidade, burocráticos, que se tornam verdadeiras inutilidades públicas, onerando o erário e prejudicando a sociedade. A Administração Pública deve sempre objetivar o interesse público.

Mais importante ainda se torna o princípio da eficiência, a partir do momento em que sendo um princípio basilar do direito administrativo, serve de apoio jurídico para que possa ser exigida pelos cidadãos, está eficiência da Administração Pública. A sociedade como um todo é quem custeia os serviços públicos, sendo assim, nada mais justo que haja um proceder eficiente por parte da Administração Pública para satisfazer suas necessidades com qualidade.

3 ANÁLISE SOB À ÓTICA DO ARTIGO 4º DA LEI 13.979/2020 E AS POSSÍVEIS FRAUDES

3.1 A PANDEMIA E A DISPENSA DA LICITAÇÃO

A Administração Pública é regida por um rol de princípios, princípios estes que agem em favor do interesse público, lidando da melhor forma com os bens e direitos coletivos, cumprindo as determinações que a Constituição Federal específica para essa administração, segundo o artigo 37 da Carta Magna, zelando pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a saber:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (Artigo 37, CRFB/88).

Para tanto, protegendo esses princípios, a Constituição exige da administração pública que sejam realizadas licitações, facultando à mesma oportunidade para todos que se colocam na concorrência, cumprindo o princípio da legalidade, esclarecendo ao gestor público que o ato administrativo não deve estar submisso a sua vontade subjetiva, posto que deve cumprir a legislação, princípios da administração pública, regras e instrumentos próprios desta administração.

Hely Lopes Meirelles contribui com o entendimento sobre o princípio da legalidade, afirmando que a administração pública difere da privada, posto que “...enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei permite”, ou seja, no setor privado, não tendo lei que proíba, a organização particular pode realizar qualquer ação (MEIRELLES, 2016).

A palavra “Licitação” possui origem latina, derivado de *licitone*, e comporta inúmeros significados que abrangem todas as modalidades do procedimento, ato ou efeito de licitar, com a oferta de lances em um leilão ou hasta pública. Possui os significados a mesma concepção de oferecer, arrematar, fazer preço sobre a coisa, disputar ou concorrer, venda por lances e objetiva à adjudicação do preço mais vantajoso para a Administração Pública (CRETELLA JÚNIOR, 2016, p. 49)

No que tange aos conceitos existem diversos teóricos e doutrinadores, todos com fatos detalhes sobre a temática do processo licitatório. Entre tantas conceitualizações, destacam-se algumas.

Segundo Cretella Júnior (2016, p. 49) a licitação:

Tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre tantas propostas, a que melhor atende aos interesses público, baseando-se, para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital que se deu ampla publicidade.

De acordo com tal definição, a licitação é como um procedimento administrativo complexo, no qual a Administração terá que percorrer para realizar suas compras e contratações.

Meireles (2016, p. 274), por seu turno, explana que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento desenvolve-se por meio de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Observa-se que a abrangência desse conceito, o qual traz a obrigatoriedade por parte da Administração de se utilizar do processo licitatório na seleção da proposta mais vantajosa.

A Administração e os licitantes têm seus atos vinculados ao procedimento e princípios Administrativos e Constitucionais, no qual sua inobservância por parte da Administração ocasiona que seus atos sejam evados de ilegalidade.

Diante dessa vinculação ao procedimento licitatório para a Administração efetuar seus contratos, Gasparini (2017, p. 479), conceitua Licitação como:

Procedimento administrativo por meio do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada, seleciona, em razão de critérios

objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Observa-se que a Administração, na busca pela proposta mais vantajosa, fica obrigada a observar critérios estabelecidos em Lei e vinculada ao ato convocatório, o Edital. Com isso, observa-se que o procedimento licitatório é formal e burocratizado, com fulcro de trazer legalidade ao comprar e contratações da Administração Pública.

Enquanto a organização pública somente pode fazer aquilo que existe dentro do texto legal, dentro do princípio de moralidade exigido do administrador público, que deve observar preceitos éticos, honestidade e boa-fé com o interesse público, o que já não ocorre a mesma cobrança para o administrador privado.

A Lei das Licitações é a Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, de âmbito nacional, criada para regulamentar o texto constitucional - inciso XXI do artigo 37, que instruíam as licitações e contratos na Administração Pública, assim estabelecendo normas gerais, que orientavam como deveriam ser celebrados as licitações e os contratos na administração pública, alcançando: obras, serviços, publicidade, compras, alienações e locações nas três esferas de governo (BRASIL, 1993).

Marçal Justen Filho esclarece que a referida lei determina que o contrato de terceiros para executar obras, serviços, publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações na Administração Pública, somente devem ser contratados mediante licitação, garantindo o princípio da isonomia, provando ser, entre as demais, aquela proposta mais vantajosa para a administração pública, e assim se consegue alcançar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, além de também cumprir com os princípios correlatos (JUSTEN FILHO, 2016).

A Lei 8.666/ 1993 também previu penalidades contra ilícitos que tentem burlar suas determinações para o processo licitatório e os contratos administrativos, mas também indicava quais seriam as ocasiões de dispensa, como também inexigibilidade, da licitação na administração pública, alcançando os três poderes legislativo, executivo e judiciário, como também todas as esferas de governo: união, Distrito Federal, estados e municípios. Isso porque antes, o gestor tinha ampla discricionariedade, ensejando em espaço para corrupção.

A licitação é um procedimento instituído para que seja garantida a competição isonômica entre concorrentes que oferecem serviços, bens e obras à Administração

Pública, da mesma forma para aquisição e alienação de bens. Entretanto, a própria lei disciplina casos em que a licitação é dispensável, ou mesmo inexigível, possibilitando à Administração Pública que possa realizar contratação direta com profissionais ou instituições, a fim de garantir condições de satisfazer da melhor forma as necessidades do serviço público.

José dos Santos Carvalho Filho (2018) ensina que a licitação dispensável está prevista no artigo 24 da Lei 8666 de 1993, onde descreve quais hipóteses a licitação, mesmo que juridicamente viável, pode ser dispensada pelo Gestor Público.

Já na hipótese de inexigibilidade, a licitação é inviável, porque algum tipo de fator impede que o certame garanta a competitividade.

Como bem disciplina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável (DI PIETRO, 2019).

Celso Antônio Bandeira de Mello também localiza no artigo 24 da Lei 8666 de 1993 as hipóteses para que a licitação possa ser dispensada, destacando que serviços e compras de valor até R\$ 8.000,00 (Oito Mil Reais) são os principais casos, entretanto, também existem casos em que a licitação se demonstra indesejável ou inviável, neste caso, torna o certame a inexigível (MELLO, 2016).

Quando se identifica que a licitação pode ser dispensada, a Administração Pública pode realizar a contratação direta de serviços, como afirma Jesse Torres Pereira Junior, pois o poder discricionário que o Gestor Público possui, permite que possa decidir em dispensar a licitação ou mesmo com a autorização de dispensa, decida realizar a licitação por entender que garantiria ganhos melhores para o interesse público (PEREIRA JÚNIOR, 2015)

É importante que se destaque que os cuidados que a licitação imprime para realizar um contrato ainda precisam ser respeitados, mesmo que a licitação seja dispensada. Como bem alerta Marçal Justem Filho, que entende o seguinte:

[...] os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e

simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. Ausência de licitação não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação (JUSTEN FILHO, 2016).

É importante que a Administração Pública quando decide pela dispensa da licitação possa explicitar os motivos que resultaram nesta decisão, fundamentando o ato de discricionariedade da forma mais detalhada possível, justificando porque a dispensa da licitação seria melhor para o interesse público, demonstrando as vantagens que seriam obtidas.

Nesse contexto adentra a necessidade de se esmiuçar a questão da pandemia. De uma forma geral, o coronavírus trata-se de agente infeccioso conhecido desde meados do século XX. No entanto, com diversas mutações desde então, surge o chamado “novo Coronavírus”, o qual é responsável pelo COVID-19, conhecido mundialmente desde dezembro de 2019. Tal patógeno poderá ocasionar sintomatologia diversas conforme os aspectos imunológicos da pessoa infectada. No entanto, é mais comum serem notadas alterações nas vias respiratórias, o que pode gerar grave pneumonia. Até o fechamento do presente estudo, a doença já matou 272.889 (duzentos e setenta e dois mil oitocentos e oitenta e nove) brasileiros, sendo que nesta quarta-feira (10 de março de 2021), o Brasil registrou 2.349 mortes em 24 horas, pior número desde o início da pandemia.

A Lei 13.979, de 6 fevereiro de 2020 surgiu com o fulcro de dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus. Conforme o artigo 2º da referida lei, distingue as medidas de isolamento e quarentena. O aludido dispositivo, em linhas gerais, ressalta que o isolamento consiste na separação das pessoas contaminadas pelo vírus de outros, sem contaminação. Por sua vez, a quarentena consiste em “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes”. A quarentena, desse modo, pode ser entendida de forma mais abrangente, na medida em que se refere à restrição das atividades do dia a dia além de separação de pessoas.

O artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 preceitua as seguintes medidas para controlar a proliferação do vírus: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de

realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos.

A dispensa de licitação é prevista no art. 4º da aludida lei, sendo, conforme o parágrafo único, dispensa de caráter provisório, enquanto durar a emergência de saúde pública decorrente do vírus. Eis o teor do dispositivo retromencionado:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei

Trata-se de previsão emergencial na medida em que busca agilizar o processo licitatório em prol da saúde pública. No entanto, a despeito da importância em se tramitarem mais agilmente os processos licitatórios em prol da saúde e da vida das pessoas, não se pode olvidar a existência de fraudes em processos licitatórios, conforme se verá.

3.2 FRAUDES MAIS COMUNS

Via de regra, os contratos firmados pela administração com particulares por meio de licitações envolvem uma quantidade considerável de capital. Razão esta que faz surgir, cada vez mais, particulares e administradores que, movidos pela ganância, encontram formas de ganhar dinheiro fácil, fraudando licitações e favorecendo-se do erário público.

Nas palavras de Adilson Abreu Dallari:

A licitação tornou-se a maneira mais segura de fraudar a Administração, porque é perfeitamente possível manipular qualquer licitação, mediante requisitos de participação, características do produto ou critérios de julgamento injustificados e injustificáveis. Isso não ocorreria se prestasse mais atenção à lição de Renato Alessi: o procedimento administrativo tem uma fase preliminar de tomada de decisões que vão condicionar o desenvolvimento da fase principal, e essa fase preliminar é relevante para o controle da licitação. (DALLARI, 2015, p. 88)

A fase preliminar, da qual trata a citação acima, é de grande importância. Neste momento é que serão definidos os rumos que a licitação tomará, com a descrição de

seu objeto dos recursos hábeis para a despesa. Tal fase deve primar pela probidade, boa-fé, isonomia e eficiência.

Há ainda o direcionamento, que consiste em direcionar a licitação. Existe neste tipo de fraude um conluio da empresa particular interessada na realização do contrato com os administradores responsáveis por realizar a licitação. Por se tratar de modalidade que não pode ser utilizada em contratações de grande valor econômico, o direcionamento não é tão utilizado como o direcionamento do edital (DALARI, 2015).

Tal fraude ocorre ao se incluir no edital das licitações exigências completamente impossíveis de satisfazer e, especialmente, que não têm relevância para o objeto que está sendo licitado. Tais exigências fazem com que as empresas interessadas na realização do contrato acabem desistindo de participar do certame, e, a única empresa a satisfazer a condição em tempo hábil conquista a licitação. Ou mesmo quando o detalhamento do objeto a ser contratado acaba por excluir todos os competidores deixando apenas um em reais condições de contratar. Um exemplo de como tal fraude pode ocorrer: A prefeitura de um determinado município precisa comprar massa de tomate e ervilhas para a merenda das creches municipais (MEIRELLES, 2016).

Por seu turno, o superfaturamento consiste na prática de se realizar o contrato por um valor muito acima do valor de mercado, onerando, assim, excessivamente a Administração e ferindo toda a função da licitação. José Cretella Júnior (2016, p. 76) define superfaturamento da seguinte maneira:

Superfaturamento é o pagamento de preços exorbitantes pelo Estado, em decorrência de obras, serviços ou fornecimento, cujo preço de mercado é muito inferior ao realmente entregue ao fornecedor ou ao prestador de serviços públicos, o que ocorre nos casos capitulados neste artigo e em todos os casos de dispensa. Comprovado o superfaturamento, respondem, solidariamente, pelos danos causados ao erário: a) o fornecedor; ou b) o prestador de serviço; e c) o agente público responsável, sem prejuízos de outras sanções legais cabíveis.

O superfaturamento configura-se pela simples elevação dos preços médios daquele serviço. Dessa forma, ele sempre costuma ocorrer atrelado a outras condutas fraudulentas, normalmente um direcionamento, uma simulação de concorrentes ou até mesmo por uma contratação direta que simule uma impossibilidade de licitar. O administrador fraudador em conluio com a empresa beneficiada por algum tipo de direcionamento, quando já têm garantido que esta sairá vencedora do certame,

realizam o contrato por valor acima do mercado, sendo todo o este “lucro” convertido entre os agentes fraudadores.

Há ainda o cartel, o qual se trata de acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, combinar fixação de preços das ofertas, condições e critérios de qualidade e quantidade referentes à proposta, entrada, saída e impedimento de participação de concorrentes ou, por meio da ação coordenada entre os participantes, eliminar a concorrência e aumentar os preços dos produtos, obtendo maiores lucros, em prejuízo do erário público.

A prática de cartel configura crime contra a ordem econômica, estando previsto no art. 4º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Da mesma forma, o cartel é, também, crime concorrencial e, portanto, infração econômico-penal. Nos termos do art. 21 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Muitas vezes a prática de cartéis acaba por tornar a Administração Pública refém das empresas que controlam determinada atividade econômica. Contudo, a Lei 8.666/93 disponibiliza à Administração instrumentos jurídicos que permitem um combate efetivo contra tais práticas fraudulentas.

Por sua vez, a simulação subjetiva, como se pode presumir, é a simulação da existência de concorrentes interessados no certame. Esta pode se dar de duas maneiras, com a participação de empresas que não tem interesse algum na disputa ou com a utilização de empresas que não existem, “empresas fantasmas” (NIEBUHR, 2015).

Além da simulação quanto aos sujeitos integrantes do certame, anteriormente analisada, também existe a fraude quanto ao objeto a ser licitado, seja obra ou serviço. A tal prática dá-se o nome de simulação objetiva. Esta espécie de fraude normalmente ocorre conjuntamente com alguma prática de direcionamento da licitação.

Assim, fraudar o objeto da licitação é simular a contratação de determinado bem ou serviço quando na prática este não é prestado ou o é de forma parcial. Tal prática, infelizmente corriqueira, ocorre, geralmente, da seguinte forma: os agentes públicos fraudadores, com intuito de se beneficiar do erário público, simulam uma licitação em conluio com a empresa predeterminada a vencer o certame para a compra de determinado bem por um valor X. Terminado o certame é realizado o contrato, a empresa vencedora recebe o valor pela contratação, porém jamais cumpre com sua parte do contrato, ou a cumpre utilizando-se de matérias de menor qualidade e preço. Por fim, o “lucro” auferido com tal prática é dividido entre os fraudadores, ferindo de toda forma a finalidade para a qual aquele certame fora realizado.

Além das fraudes tratadas acima, importante apontar algumas condutas fraudulentas que possam existir, como por exemplo: a cobrança para não revogar a licitação, ocorre quando os agentes licitantes cobram propina da empresa vencedora para não revogar o certame, mesmo que este represente a melhor proposta; a cobrança para sair da disputa, um dos licitantes cobra de outro para desistir da disputa, propiciando assim a vitória deste; a simulação de causas de dispensa ou de inexigibilidade (já tratadas alhures); dentre outras.

3.3 PENALIDADES

A Lei nº. 8.429/92 em seu art. 10 e respectivos incisos, descreve as condutas que caracterizam o ato de improbidade administrativa de lesão ao erário, ou seja, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º.

Para o legislador não importa a conduta ser omissiva ou comissiva, pois pode-se, intencionalmente ou não, causar lesão ao erário. Importante lembrar que a omissão administrativa pública significa mais do que um não fazer, representa um comportamento desconforme com a exigência legal de agir inerente ao dever da boa administração.

É nesse universo que vicejam as mais lesivas práticas ímprobas e se nega, frequentemente, os princípios constitucionais da Administração Pública. Sendo frustrada ou fraudando a licitação, o agente público também pratica crimes licitatórios, sujeitando-se ao respectivo processo penal, independentemente de responder pelo ato de improbidade, em ação civil. Todos os procedimentos licitatórios são promovidos e fiscalizados por comissão constituída para esse fim, naturalmente os delitos em tela ou são atribuíveis aos membros daquele colegiado ou a um competidor. Contudo, não se pode olvidar que outros agentes públicos, de hierarquia superior, têm a possibilidade de influenciar no procedimento e, como coautor direto ou autor mediato, cometa alguns desses crimes (SILVA, 2017).

Kerolaynn Greycy alerta que as penas previstas são de detenção e multa, tanto para o agente como também para aqueles que se envolveram no ilícito, causando prejuízo no certame, violando regras e princípios, causando prejuízo ao ente público, aos participantes do certame e por fim, ao interesse público e à coletividade. A lei observou o Código Penal Brasileiro como também a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (GREYCY, 2015).

Dayane Sanara de Matos Lustosa (2018) destaca que cabe ao Ministério Público promover uma Ação Penal Pública incondicionada, que pode ser iniciativa do Ministério Público, mas também pode ser iniciada por qualquer cidadão que possa

comprovar o crime, porém não haverá forma culposa, somente o dolo por parte do autor da infração, podendo causar a perda do cargo, emprego ou mandato eletivo para o agente público que, comprovadamente, estiver envolvido no ilícito, considerando como servidor público aquele descrito no artigo 84 da Lei:

Artigo 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público (BRASIL, 1993).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) ensina que, apesar de haver diferenças com o artigo 327 do Código Penal Brasileiro, a Lei das Licitações traz no artigo 84 a denominação de servidor público, mas possui o mesmo significado de funcionário público do Código Penal, apesar de que amplia esse conceito, porque relaciona todas as entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Enquanto a Lei 8666 de 1993 regula toda responsabilidade penal contra ilícitos praticados em Licitações, Hely Lopes Meirelles lembra que o Decreto-Lei nº 201 de 1967 regula essas penalidades especificamente para crimes licitatórios praticados na Esfera Municipal (MEIRELLES, 2016).

Isto acaba criando certo conflito aparente de normas. O decreto-lei é um diploma específico dos crimes praticados na esfera municipal pois disciplina apenas sobre a responsabilidade de prefeitos e vereadores, mas a questão ainda não é pacífica nos tribunais superiores devido alguns elementos típicos da Lei 8666/ 1993 que prevalecem sobre os elementos gerais do referido Decreto-Lei, que melhor identificam o crime licitatório.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, entende-se que a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do COVID-19, é primordial para a salvaguarda da vida humana. No entanto, há o perigo latente da norma legal ser empregada com o fulcro de serem efetivadas tenebrosas transações.

Ressalta-se que um conhecimento técnico-científico sobre o sistema licitatório e sobre as condutas fraudulentas, com certeza, é a maneira mais efetiva para o combate destas, pois, desta forma é possível melhor identificá-las, distingui-las, preveni-las e, através dos mecanismos legais ao alcance de qualquer administrado, reprimi-las. Como exposto, a fraude se caracteriza pela conduta dissimulada que faz com que terceiros, que dela não participem, não consigam perceber a irregularidade e vejam aquele contrato de forma lícita.

A criatividade e ganância humana são imensuráveis, razão pela qual se torna impossível elencar todos os meios utilizados para se fraudar uma licitação. O que se pode fazer é, através de um estudo aprofundado sobre o tema, desenvolver meios de prevenção e detecção destes atos criminosos para, através dos dispositivos legais já postos, aplicar-se a devida repressão.

Feito tais considerações, passa-se agora a uma análise um pouco mais detalhada sobre algumas das formas mais corriqueiras de se burlar o procedimento licitatório. No ordenamento jurídico pátrio, há disposição de ferramentas muito eficazes para o exercício de um controle tanto interno, por parte da administração, quanto externo, por parte dos particulares interessados.

Contudo, para se evitar uma fraude a simples existência de tais ferramentas não basta, é necessário que estas sejam bem conhecidas e aplicadas tanto pelos órgãos públicos responsáveis por tais fiscalizações, Ministério Público e Tribunal de Contas, quanto por particulares. Dessa forma passa-se a um breve rol de condutas que, se realizadas de forma diligente e proba, podem ajudar a prevenir e identificar condutas fraudulentas por parte de agentes públicos e de particulares. O estatuto das licitações prevê a criação de uma comissão de licitação especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.

Tal comissão deverá ser formada por, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação, conforme está disposto no art. 51 da Lei. 8.666/93.

Uma vez seguida esta previsão legal, a comissão poderá zelar pela probidade do certame, desde seu início até a contratação final. Contudo, como já demonstrado

anteriormente, muitas vezes os próprios agentes públicos são os responsáveis por condutas fraudulentas. Razão pela qual o §4º do art. 51 estabelece a investidura dos membros das comissões há um ano, vedando sua recondução para a mesma comissão no período subsequente.

Por fim, cabe aos Tribunais de Contas, além de realizar toda a fiscalização das contratações públicas, realizar a publicação de listas dos licitantes declarados inidôneos, de forma a possibilitar uma escolha mais vantajosa para a Administração.

Fica claro que possuímos instrumentos capazes de evitar as práticas anteriormente estudadas, contudo para que estas não se proliferem e passam impunes, a principal conduta preventiva é a fiscalização. Fiscalização esta que deve ser realizada pelos tribunais de contas, pelo Ministério Público, pelos membros das Comissões de Licitação e por todos os particulares interessados na licitação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8666 de 1993 que regulamenta normas para licitações e contratos da Administração Pública**. Brasília: Palácio do Planalto, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso De Direito Administrativo**. Ed. Forense, São Paulo, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: comentários, artigo por artigo, da Lei nº. 8.429/92 e do DL 201/67**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GREYCY, Kerolaynn. **Dispensa e inexigibilidade de licitação, e seu aspecto criminal**. 2015. Disponível em <<http://kerocecilio.jusbrasil.com.br/artigos/234305322/dispensa-e-inexigibilidade-de-licitacao-e-seu-aspecto-criminal>>. Acesso em 3 mar. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

LUSTOSA, Dayane Sanara de Matos. **Licitação: inexigibilidade x dispensa.** *Âmbito Jurídico*, v. XIII, n. 76. Porto Alegre, mai., 2018. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7788>.

Acesso em 27 fev. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo.**, 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

MORABITO, José Guilherme Sanches. **Exceções ao dever de licitar: dispensa e inexigibilidade de licitação.** 2014. Disponível em <<http://jgmorabito.jusbrasil.com.br/artigos/112332789/excecoes-ao-dever-de-licitar-dispensa-e-inexigibilidade-de-licitacao>>. Acesso em 09 de novembro de 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. **Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública.** 8 ed. São Paulo: Renovar, 2015.

SILVA, Elisa Maria Nunes da. **Contratação direta na administração pública. Âmbito Jurídico.**, v. XIV, n. 84. Porto Alegre, jan., 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8877>. Acesso em 02 mar. 2021.

REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL NO BRASIL: COMO PARADIGMA DE NECESSIDADE OU PERSISTÊNCIA DO “POPULISMO PENAL MUDIÁTICO”

MARLON BRUNO BARBOSA GOMES:

Bacharelado em Direito pela Faculdade São Lucas - Porto Velho.

SUELANE DE LIMA ARAÚJO

(coautora)¹⁶⁹.

RAIMUNDO OLIVEIRA FILHO

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo debater a redução da menoridade penal como tema central de verdadeira polêmica, que divide a opinião da população brasileira e dos estudiosos do direito. A mídia, a cada delito de repercussão envolvendo menores de 18 anos, defende que as leis penais brasileiras acerca da responsabilidade dos adolescentes são muito brandas e de que devem ser revistas, mas esquece de abordar as causas sociais do aumento da criminalidade, sobretudo, entre os infantes. A inimputabilidade penal dos menores de 18 anos é o principal alvo das críticas, que entendem que os jovens atualmente possuem um desenvolvimento mais precoce e que, muito antes dessa idade, já possuem capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme este entendimento. A Constituição Federal também prevê essa idade como limite entre a aplicação do Código Penal e a legislação específica, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). O presente estudo se fundamenta em pesquisa aplicada, de caráter científico dedutivo, e com o método auxiliar comparativo, bem como o explicativo e, por se tratar de um tema polêmico e que permanece atual, trouxe em seu contexto fundamentos jurídicos para demonstrar ao leitor de forma clara e coesa o entendimento majoritário de especialistas relacionados a temática objeto de estudo. O trabalho faz uma análise da legislação brasileira sobre o assunto, comparando-a à legislação portuguesa e espanhola e, ainda, com relação aos documentos das Nações Unidas sobre o tema. Em seguida, são abordadas as posições doutrinárias a respeito da diminuição da menoridade penal e há a tomada de posição a respeito dessa discussão.

Palavras-chaves: Menoridade penal. Imprensa. ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente. Código Penal. Constituição Federal.

169 Bacharelado em Direito pela Faculdade São Lucas - Porto Velho.

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca da correta idade para a atribuição da imputabilidade penal vem à tona toda vez que ocorre a prática de um crime de grande repercussão e comoção social e que tem entre seus supostos autores envolvendo menores de 18 anos, a exemplo do caso do menino João Hélio (ocorrido no Rio de Janeiro, em fevereiro de 2007) e do casal Felipe Caffé e Liana Friedenbach (violentados e brutalmente assassinados em novembro de 2003, em São Paulo) (TORRES, 2019. p. 55).

O Código Penal brasileiro prevê, em seu artigo 27, que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, sendo que tal redação foi recepcionada pelo artigo 228 da Constituição Federal de 1988. A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, em seu artigo 1º, considera como criança toda pessoa humana com menos de 18 anos de idade, ressalvando, contudo, a possibilidade de os estados disporem de forma diferente, o que é feito por diversos países.

A Constituição Federal de 1988 prevê a aplicação da legislação especial, aos menores de 18 anos no cometimento de violação aos direitos de outrem, a Lei 8.069/1990, com a conseqüente aplicação ao menor-infrator entre 12 anos completos e 18 incompletos de “medidas sócio-educativas”, na forma do artigo 112. Por outro lado, aos menores de 12 anos, há apenas a aplicação das “medidas de proteção”, previstas nos arts. 98 e ss. do Estatuto.

A redução da maioridade penal tem sido discutida no Congresso Nacional (a exemplo das PECs 171/93, 018/99, 020/99, 003/01 e, mais recentemente, a 033/12) e a grande maioria da população brasileira (92,7%, segundo pesquisa CNT/MDA divulgada no dia 11/06/13) se manifestou a favor da redução da maioridade penal de 18 para 16 anos. Segundo a pesquisa a mudança legislativa trona-se suficiente para reduzir o número de crimes praticados por menores de 18 anos, já que somente no Estado de São Paulo, segundo dados da Secretaria de Segurança Pública, corresponderam a 1% dos homicídios dolosos, 1,5% dos roubos e 2,6% dos latrocínios naquele Estado de janeiro a outubro de 2016 até dezembro de 2017 – ou servirá apenas de “legislação-àlibi” (NEVES, 2016, p. 321-330), demonstrando uma falsa sensação de ter-se solucionado um problema tão complexo.

A doutrina dominante diverge a respeito do tema e a mídia aproveita-se de crimes que possuam menores como supostos autores ou partícipes para exercer o papel de manipular a opinião pública, podendo provocar mais uma mudança legislativa (mais uma das 150 promovidas em 74 anos de vigência do Código Penal de 1940) que, além de não diminuir a criminalidade, poderá ter conseqüências muito

graves, como inserir os menores de 18 anos no falido sistema prisional brasileiro (GOMES, 2017, p. 8).

Nesse cenário, surge a problemática: como muitas vezes a mídia divulga crimes envolvendo os menores de idade, será que ela trás a ideia positiva a população? Precisa de leis mais severas para diminuir a criminalidade entre os menores de idade?

O tema é socialmente importante porque faz uma abordagem baseada em leis, doutrinas, e jurisprudências no âmbito do Direito Penal, e do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a menoridade penal no Brasil.

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo abrir um debate acerca do tema: Redução da Menoridade Penal no Brasil: Como paradigma de necessidade ou persistência do “populismo penal midiático”.

O presente estudo se fundamenta em pesquisa aplicada, de caráter científico dedutivo, e com o método auxiliar comparativo, bem como o explicativo e, por se tratar de um tema polêmico e que permanece atual, trouxe em seu contexto fundamentos jurídicos para demonstrar ao leitor de forma clara e coesa o entendimento majoritário de especialistas relacionados a temática objeto de estudo.

Os resultados do estudo serão apresentados sobre a forma qualitativa, pois darão liberdade ao pesquisador de compreender a presença e as alterações dos aspectos que abrangem o tema.

Por se tratar também da técnica de revisão de literatura, os dados foram coletados através de levantamento bibliográfico, leis, súmulas, doutrinas, jurisprudências e artigos científicos já disponíveis na internet.

Este trabalho encontra-se assim dividido em três capítulos sendo: o Capítulo 1, aborda-se os aspectos das questões sociológicas a respeito do aumento da violência e sua relação com a menoridade penal até as condições precárias do sistema prisional brasileiro. O Capítulo 2, traz as questões dogmáticas até a legislação acerca do menor no Brasil: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), e por fim, o Capítulo 3, traz à baila a posição dos doutrinadores que entendem não ser possível a redução, bem como a postura doutrinária majoritária respeitante ao objeto do presente estudo.

2 BREVES QUESTÕES SOCIOLÓGICAS A RESPEITO DO AUMENTO DA VIOLÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM A MENORIDADE PENAL

O aumento da violência decorre de diversos fatores, dentre os quais podemos citar as deficiências nas legislações penais e processuais, o aumento do desemprego, a desestruturação da família, a ineficiência do aparelho preventivo e do punitivo ressocializador do Estado, o sentimento de impunidade. (NEUHOLD, 1997). A imprensa divulga tal elevação e, na maioria das vezes, diante do temor social que tal fenômeno promove, a população acredita que só através de mudanças legislativas poderemos diminuí-la.

Discorrendo acerca do assunto e buscando desfazer certas “verdades enganosas”, Luiz Otávio de O. Amaral afirma que,

não procede a alegação de que o adolescente de hoje recebe maior carga de informações do que o adolescente do início do século passado e, portanto, tem mais discernimento do que aquele. Se há, de fato, mais informações hoje, elas são mais quantitativas que qualitativas, ou seja, o jovem é mais bombardeado por informações mais deletérias que educativas e isso se verifica até no interior das escolas. A televisão e o computador têm sido veículos mais de malefícios que benefícios às nossas crianças e adolescentes, e são as principais companhias desses seres em formação. A família de hoje, por outro lado, tem sido mais pródiga em alienação e abandono (sentimental, intelectual, material) às crianças e adolescentes. Ao contrário do que muita gente diz, o adolescente brasileiro, como de resto a maioria da nossa população, tem sido alvo de um sistema econômico que está vitimando a todos e mais aos pobres e desvalidos. (AMARAL, 2016, p. 22)

O resultado do enfrentamento do tema quase exclusivamente levando-se em conta o aspecto repressivo do Estado é que, apesar das inúmeras reformas legislativas e do aumento do número de detentos, os índices de criminalidade não diminuíram, muito pelo contrário.

2.1 A questão sócio-econômico-cultural

No Brasil, a educação não tem os investimentos de que necessita. Os menores que estão fora da escola (UNICEF, 2015, p. 3), tendem a ser mais propícios a envolver-se no mundo das drogas e da criminalidade. Há um ditado popular que diz “é melhor prevenir do que remediar” e o problema do menor infrator também segue essa regra.

Leciona Luiz Flávio Gomes que:

O Brasil tem taxa zero de prevenção (nenhuma política preventiva sistemática) e altíssimo grau de ineficiência da repressão. Do que precisamos? Não se trata de alterar o lado da repressão (que sabidamente não funciona bem), sim, colocar em pé de igualdade a prevenção e a repressão eficiente (pena justa, a mais suave possível, rápida, certa e infalível, como dizia Beccaria, em 1764). Essa solução jamais foi adotada pelas nações fracassadas e atrasadas (como o Brasil), cujas elites políticas e econômicas estúpidas seguem cegamente o capitalismo selvagem, extrativista e retrógrado. A solução para o progresso sustentável da juventude vem sendo dada pelos países do capitalismo evoluído e distributivo, ancorado na educação de qualidade para todos, na ética e no império da lei e do devido processo legal e proporcional, tal como o praticado, por exemplo, pela Coreia do Sul, que há três décadas colocou todas as crianças e adolescentes nas escolas (do jardim da infância à universidade), retirando-os totalmente das ruas, da criminalidade e do tráfico de drogas, para dar-lhes ensino de altíssima qualidade e refinada compreensão ética (da vida e do mundo). (GOMES, 2017, p. 3).

Contudo, muitos jovens estão fora da sala de aula por conta de que necessitam trabalhar para complementar a renda familiar, sobretudo nas áreas rurais e nas camadas mais pobres da população países (G1, 2017, p. 3). As dificuldades de transporte, a remuneração defasada dos docentes, a baixa qualidade da merenda escolar, enfim, a falta de estrutura da educação nacional, aliada ao conhecido desvio de dinheiro na área são responsáveis pelos resultados pífios do país, quando, por exemplo, há uma comparação do grau de aprendizado dos estudantes brasileiros com os de outros países.

Culturalmente, sempre se buscou exportar produtos com baixa tecnologia agregada e produzidos com mão de obra pouco especializada. Outros países que investiram em educação e tecnologia obtiveram resultados que mostram que estamos no caminho errado (GOMES, 2017, p. 4).

Atualmente, nos estudos mostram que, apesar do desemprego, os setores da economia que exigem trabalhadores qualificados possuem inúmeros postos de trabalho vagos, resultado direto da falta de investimentos em qualificação profissional.

2.2 O papel da imprensa na manipulação da opinião pública sobre o tema

Um dos papéis sociais da mídia (KEMPFER; TAMIOZZO, 2018, p. 168) é o de formar opinião. Contudo, o problema da criminalidade entre os menores de 18 anos está sendo abordado por esta, quase exclusivamente, através do apelo a mudanças legislativas como solução do problema, a exemplo do que já ocorreu diversas vezes.

Arraigou-se na opinião pública um pensamento de que os menores de 18 anos não são responsabilizados pelos delitos por eles cometidos. Porém, ressalta Marília Montenegro P. de Melo que:

a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos não significa a impunidade desses adolescentes, apenas retira estes do campo do direito penal, dando a eles um direito próprio, que fornece às crianças e aos adolescentes uma proteção integral. Esta proteção não significa que o Estado-Juiz passará 'a mão sobre a cabeça do menor' e o isentará de qualquer responsabilidade, mas com o Estatuto da Criança e do Adolescente, estes deixarão de ser vistos de forma indeterminada, num falso paternalismo imposto pela legislação anterior (Código de Menores, Lei n.º 6.679/79), passando a ser sujeito de direitos impostos por uma doutrina de proteção integral. Desta forma, os adolescentes infratores estão fora do procedimento criminal e do seu sancionamento pela Lei Penal, mas não estão fora do direito. (MELO, 2017, p. 8).

Há propostas de redução da maioria tramitando no Congresso nacional e, a cada novo incidente criminal envolvendo menores como autores ou partícipes, a imprensa apresenta sua tese: "maioridade penal deve ser reduzida", que, como vimos, é acatada pela maioria da população brasileira.

A legislação brasileira sobre o tema da criança e do adolescente (Lei 8.069/90 - ECA) é avançada, seguindo as normas internacionais sobre o assunto, a exemplo da "doutrina de proteção integral", prevista na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e no artigo 227 da CF/88. (GOMES, 2017, p. 7).

Proporcionar ao menor saúde, educação, lazer, proteção familiar, etc., visando, assim, prevenir a sua inserção no mundo do crime.

Zaffaroni, discorrendo a respeito da chamada "criminologia midiática", leciona que esta:

[...] cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos que configuram um *e/es* separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. O *e/es* da criminologia midiática incomodam, impedem de dormir com as portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e por isso devem ser separados da sociedade, para deixamos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos os nossos problemas. Para tanto, é necessário que a polícia nos proteja de suas ciladas perversas, sem qualquer obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros e imaculados. (Zaffaroni, 2012, p. 307).

Porém, o legislativo brasileiro tende a seguir a opinião da maioria e segundo Alessandro Baratta, quando a política assume a forma de “espetáculo” (expressão de Zaffaroni),

[...] as decisões orientam-se não tanto no sentido de modificar a realidade, senão no de modificar a imagem da realidade nos espectadores: não tanto a satisfazer as reais necessidades e a vontade política dos cidadãos, senão a seguir a corrente da chamada opinião pública. [...] O déficit da tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições, que tem uma base real cada vez mais escassa: com efeito, as normas continuam sendo violadas e a cifra negra das infrações permanece altíssima, enquanto as agências de controle penal seguem [iludindo] com tarefas instrumentais de impossível realização. (ZAFFARONI, 2012, p. 307).

Ainda a respeito do tema, leciona Édson Luís Baldan:

Infelizmente, um dos mecanismos que a sociedade individualista tem para lograr a minimização do risco é a ampliação do sentimento de perigo, nisso contando com o decisivo papel de uma mídia por vezes mais preocupada com o impacto das manchetes do que com a verdade abaixo delas. O alarde sobre único caso de morte pode ocultar à opinião pública. (BALDAN, 2018, p.12).

Por fim, quanto ao papel relegado ao Direito Penal nesse cenário, Zaffaroni afirma que:

No campo do Direito Penal, tivemos um movimento fundamentalista, um grande fanatismo religioso do segundo milênio, que foi o sistema repressivo penal. Acreditar no sistema penal, ter fé no sistema penal, é fanatismo religioso, não é religião. É uma patologia da religião. O Grande ídolo do segundo milênio é o sistema penal. [...] ninguém conhece as leis penais vigentes em nossos países, mas nossos políticos acham que somos bobos. Que vamos acreditar que, porque eles descrevem, num tipo penal, um problema social, esse problema social vai ficar resolvido. Como tenho no boletim oficial fato descrito como indesejável, o fato indesejável some da vida social. Mentira! Não some nada e complica-se tudo. (ZAFFARONI, 2013, p. 28).

2.3 As condições precárias do sistema prisional brasileiro

Caso a maioria penal fosse reduzida para 16 anos, qual seria o destino desse contingente de delinquentes juvenis? O sistema penal brasileiro seria capaz de absorvê-los?

A resposta a esta pergunta parece ser negativa (CNJ, 2017). O *deficit* carcerário brasileiro se dá, dentre outros motivos, pelo excessivo número de presos provisórios e pela morosidade da justiça.

Alterações legislativas, a exemplo da Lei 12.403/11, que alterou o artigo 310 do Código de Processo Penal, exigindo a manifestação fundamentada do juiz para a manutenção da prisão em flagrante (com sua conversão em prisão cautelar), buscam diminuir o contingente de presos provisórios. A criação das penas restritivas de direitos, da suspensão condicional da pena e da suspensão condicional do processo são outros exemplos de semelhante tentativa de diminuição, porém deve haver também a mudança da “seletividade penal (BATISTA, 2018, p. 3)” do sistema prisional brasileiro, que acaba por inserir nele, na imensa maioria das vezes, apenas as pessoas “excluídas.”

Investimentos em construções, e manutenção adequada de presídios se mostram importantes, mas mudanças sociais, como o acesso à saúde, educação, emprego, moradia, segurança, adotando-se, enfim, a tese da prevenção eficaz parece apresentar resultados mais satisfativos.

Tendo-se o menor de 18 anos como “pessoa em desenvolvimento”, colocá-la em tais ambientes seria reduzir, ainda mais, suas poucas chances de ressocialização.

Sabe-se que os centros de internação, em certos aspectos, não diferem de maneira significativa do sistema carcerário comum, contudo aqui, concordamos com NUCCI ao afirmar que: “dos males o menor.” (NUCCI, 2016. p. 99).

3 QUESTÕES DOGMÁTICAS

A teoria do delito, segundo a melhor doutrina, divide o crime em três elementos ou substratos: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade (BRANDÃO, 2018, p. 220). Temos que esta última, segundo a teoria normativo-pura (divisão consagrada também pela teoria limitada, adotada pelo Código Penal) divide-se, por sua vez em imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Resta-nos discorrer acerca da imputabilidade, elemento da culpabilidade no qual a discussão acerca da maioridade penal deve ser inserida.

3.1 A menoridade e sua posição na teoria do crime

Dentre os critérios adotados para a definição da inimputabilidade, destaca-se o critério biológico, através do qual é desconsiderada a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Seria tal sistema utilizado para o caso de definir uma idade (MELO, 2017, p. 8) a partir da qual poderia ser imputada uma sanção de natureza penal. Tal adoção, como já foi analisada anteriormente, tratou-se de uma medida de política criminal.

Quanto ao conceito de Imputabilidade, leciona Cláudio Brandão que:

Para que se faça um juízo de reprovação pessoal sobre o sujeito, é necessário que ele seja capaz. A capacidade de culpabilidade é chamada de imputabilidade. Portanto, a imputabilidade é o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal. O sujeito imputável é aquele capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade. (BRANDÃO, 2018, p. 220).

Discorrendo acerca do tema, Zaffaroni afirma que a imputabilidade possui dois níveis:

Um que deve ser considerado como a capacidade de entender a ilicitude, e outro que consiste na capacidade para adequar a conduta a esta compreensão. Quando faltar a primeira, não

haverá culpabilidade por ausência da possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade; quando faltar a segunda, estaremos diante de uma hipótese de estreitamento do âmbito de autodeterminação do sujeito, neste caso, por urna circunstância que provém de sua própria incapacidade psíquica. (ZAFFARONI, 2012, p. 540).

O nosso Código Penal não deu um conceito de imputabilidade, preferindo definir os casos em que há inimputabilidade, como se observa da leitura do seu artigo 26, abaixo:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assevera Greco (2015), que a “prova da menoridade penal deve ser feita por certidão de nascimento expedida pelo registro civil ou documento que lhe substitua, a exemplo da carteira de identidade”.

3.2 A questão constitucional acerca da possibilidade da redução da menoridade penal

O artigo 60, §4º da CF/88 impede que haja proposta de Emenda Constitucional que seja tendente a abolir certos conteúdos dispostos ao longo do texto da Carta Magna. Dentre tais matérias, chamadas pela doutrina de “Cláusulas Pétreas” há os direitos e garantias individuais. (OLIVEIRA, 2017, p. 34).

Estes se encontram concentrados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, porém, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal (ADI 939/DF), corroborando respeitosa doutrina nacional, tal dispositivo não traz um rol exaustivo, estando eles também dispersos em outros dispositivos constitucionais. Interessa ao objeto desse estudo a discussão acerca de ser a idade de 18 anos, prevista no artigo 228 da Constituição há autores que defendem que a idade de 18 anos poderia ser diminuída por Emenda Constitucional. (DANTAS, 2019, p. 233).

Como exemplo, tem-se que, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2017), “timbra o texto, no art. 228, em consagrar a inimizabilidade penal do menor de dezoito anos. É incoerente esta previsão se recordar que o direito de votar – maioria política – pode ser alcançado aos dezesseis anos [...]”

Pedro Lenza, por sua vez, leciona que,

embora parte da doutrina assim entenda, a nossa posição é no sentido de ser perfeitamente possível a redução de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada. Reduzindo a maioria penal de 18 para 16 anos, o direito à inimizabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir. (LENZA, 2017, p. 141).

Por outro lado, para Alexandre de Moraes, assim prelecionada:

entende-se impossível essa hipótese, por se tratar a inimizabilidade penal, prevista no art. 228 da Constituição Federal, de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à perseguição penal em juízo, tampouco poderem ser responsabilizados criminalmente, com consequente aplicação de sanção penal. (MORAES, 2016, p. 258).

Alexandre de Moraes da Rosa (2016), também entende pela impossibilidade de modificação da idade de imputabilidade penal, pois, desta forma, estaria violada a “proibição de retrocesso social”.

Posição interessante é a de Marcelo Novelino que:

apesar de considerarmos a inimizabilidade do menor de 18 anos como uma cláusula pétrea, a nosso ver isso não significa a impossibilidade de uma futura redução do limite etário por meio de emenda (sic), desde que seja para uma idade razoável na qual o indivíduo reúna plena capacidade de responder por seus atos. Isso porque, desse modo, restaria preservado o ‘núcleo essencial’ desta garantia individual. (NOVELINO, 2012, p. 73).

Percebe-se a divergência doutrinária sobre o tema. Adotamos, contudo, a segunda opinião, tendo em vista a posição do STF sobre a existência de direitos

individuais em outros dispositivos além do artigo 5º da CRFB/88 e, dessa forma, qualquer redução no alcance de tal norma, por se tratar de cláusula pétrea, não seria possível, salvo no caso de se tratar de obra do Poder Constituinte originário, ou seja, com uma nova Constituição.

3.3 A legislação estrangeira sobre a maioria penal e legislação aplicada às crianças e adolescentes

Quanto a este tópico, será pertinente dividi-lo em dois subtópicos para, inicialmente, discorrer acerca dos documentos internacionais que buscam dar homogeneidade à proteção das crianças e adolescentes e impelir os Estados-partes a implementar suas diretrizes.

Em seguida, será analisada a legislação penal e aquela relativa ao tema criança e adolescentes de dois países europeus, Portugal e Espanha.

Tais países foram escolhidos, primeiro pela proximidade da língua; segundo, pelas reformas penais relativamente recentes (ambos possuem um Código Penal atual criado em 1995) e, por fim, pela diferença com que tais países abordam a idade em que tais normas penais começam a ser aplicadas, ou seja, a menoridade penal.

3.3.1 Normas internacionais acerca da proteção às crianças e adolescentes

Na evolução histórica sobre o tema, notou-se uma mudança de perspectiva, pois a criança deixou de ser considerada como objeto de proteção, passando a ser vista como sujeito de direitos. (Convenção dos Direitos Humanos, 1989).

Nessa guinada, cumpre observar a existência, baseado nas lições de Gustavo Ferraz de Campos Mônaco (2017), de dois sistemas de proteção: o homogêneo e o heterogêneo.

No sistema homogêneo, buscou-se a tutela dos direitos de todos os seres humanos e, nesse contexto universal, faz-se também menção à proteção dos direitos humanos das crianças.

Desta ordem, podem ser citados, segundo Jacob Dolinger:

a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (arts. 25 e 26), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, sociais e culturais, de 1966 (arts. 10 (3), 12 (2) (a) e 13 (1), além das Convenções Européia, Americana e Africana de Direitos Humanos. (DOLINGER, 2013, p. 85).

Por outro lado, no sistema heterogêneo de proteção, destaca-se certa parcela da sociedade, merecedora de especial atenção, por conta de um motivo razoável e suficiente que justifique o tratamento diferenciado (BOBBIO, 1992, p. 62), a exemplo da legislação protetiva dos idosos, das mulheres e dos menores de idade. Contudo, adverte ROSSATO:

para tanto, não é bastante que o grupo de seres humanos seja tachado de *minoritário*, sem prejuízo a que este também seja tutelado pelo sistema heterogêneo. O que justifica a heterogeneidade é uma situação de hipossuficiência, percebida num grupo carecedor de cuidados especiais e, por isso, credor de proteção especial, tal como ocorre com as crianças. (grifos no original) (ROSSATO, 2017, p. 53).

Nessa modalidade de conjunto de normas protetivas, destacam-se as Convenções da OIT, que pregaram, dentre outras, proibição de trabalho noturno aos menores de 18 anos e a definição da idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria; a Declaração de Genebra– Carta da Liga sobre a criança de 1924 -, o “primeiro documento de caráter amplo e genérico em relação à criança e as regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da juventude – Regras de Beijing-, (RIBEIRO, 2017, p. 1) por meio das quais foi feito um esboço do que seriam as diretrizes para a criação do chamado Sistema de Justiça da Infância e da Juventude, sendo ela,

concedida como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país e deverá ser administrada no marco geral de justiça social para todos os jovens, de maneira que contribua ao mesmo tempo para a sua proteção e para a manutenção da paz e da ordem na sociedade. (DHNET, 2017, p. 3).

Temos, ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, destacando-se como o “tratado internacional de proteção de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações.” (ROSSATO, 2017, p. 61).

Leciona Rossato que, por meio de tal Convenção, “adota-se o critério do *Best interests of the child* – interesse maior da criança.” Continua tal doutrinador afirmando que,

foi estabelecida pela Convenção a existência do Comitê sobre os Direitos da Criança, criado no ano de 1991, com a finalidade de acompanhar a implementação da convenção (sic), sendo por ele destacados quatro artigos da Convenção que podem

ser erigidos a pilares do diploma: I) princípio da não discriminação – art. 2º, II) princípio da observância dos melhores interesses da criança – art. 3º, III) princípio do direito à vida e à sobrevivência – art. 6º e IV) princípio do direito a expressar sua opinião – art. 12. (ROSSATO, 2017, p. 62).

É por meio de tal Convenção (artigo 1) que se recomenda que a maioria penal seja alcançada apenas aos 18 anos de idade, contudo tal diploma não faz a distinção criança/adolescente, considerando criança todo ser humano menor de 18 anos. Respeita, ainda, a legislação de cada Estado-parte, que pode dispor na sua legislação nacional de maneira diversa, apesar de, na maioria deles, prevalecer à idade sugerida pela Convenção.

Em 19 de dezembro de 2011, a Assembleia-Geral da ONU cria um novo Protocolo à presente Convenção, permitindo às crianças recorrer por meio de petições individuais ao Comitê de Direitos das Crianças das Nações Unidas “sempre que não tiverem seus direitos garantidos pelas justiças de seus países, ou seja, sempre que após a provocação das jurisdições domésticas restarem esgotadas as instâncias internas sem qualquer resultado prático positivo” (ROSSATO, 2017, p. 62), sendo um importante avanço na legislação internacional a respeito do tema de forma a impor aos Estados- partes o respeito a suas diretrizes. (RIBEIRO, 2017, p. 1).

Por fim, a análise de tais Convenções e Tratados internacionais se mostra importante, por conta do que dispõe o §3º do artigo 5º da CF/88, que prevê a possibilidade de que, caso sejam aprovados mediante procedimento idêntico ao das emendas constitucionais (BRASIL, 1988), serão a elas equivalentes.

Por outro lado, o Supremo reconheceu, no RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO, por maioria de votos, que os tratados sobre direitos humanos aprovados antes da inclusão de tal parágrafo ao artigo 5º teriam *status* supralegal (PIOVESAN, 2016, p. 3), ou seja, estariam hierarquicamente abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

3.3.2 Análise da legislação espanhola e da portuguesa a respeito do tema da maioria penal aplicadas aos menores de idade

O Código Penal Espanhol (BOE, 1995), prevê a maioria penal aos 18 anos, deixando que legislação independente disponha acerca da responsabilidade por atos delituosos praticados por menores dessa idade. (PRADO, 2017. p. 55).

Dessa forma, foi criada a Lei Orgânica 5/2000 (BOE, 1995), que veio a dispor acerca da responsabilidade dos menores de 18 e maiores de 14 anos por infrações

aos dispositivos do Código penal espanhol ou de sua legislação penal extravagante. (PIOVESAN, 2016, p. 7).

Quanto aos menores de 14 anos, esta lei prevê que não serão responsabilizadas por ela, sendo aplicáveis a eles as normas de proteção aos menores previstas no Código Civil e demais disposições vigentes.

Entre as medidas impostas pela Lei Orgânica 5/2000 na responsabilização penal dos menores, destacam-se o internamento - nos regimes fechado, semiaberto e aberto – além do internamento terapêutico ou tratamento ambulatorial, para aqueles que possuem anomalias psíquicas, ou, ainda, prestação de serviços à comunidade. (PIOVESAN, 2016, p. 10).

Impulsionado por reclamos populares por conta do aumento da criminalidade neste setor e buscando um recrudescimento do tratamento penal dado aos menores de idade, o governo espanhol modificou a legislação relativa aos menores infratores (BOE, 1995).

Aumentou de cinco para oito anos o tempo máximo de internação no regime fechado, havendo, ainda, a possibilidade de o juiz de menores, ouvido o Ministério Público, o advogado do menor, a equipe técnica e a entidade pública de proteção e reforma de menores, possa, mediante auto motivado, transferir o menor de 18 anos que cumpra pena de internamento em regime fechado a um centro penitenciário do regime prisional de adultos, caso complete tal idade sem finalizar o cumprimento da pena imposta na legislação de menores.

Por outro lado, o Código Penal Português (PGDL 1995) em seu artigo 19, prevê que são inimputáveis os menores de 16 anos, ao passo que, segundo o artigo 9º do mesmo diploma, os maiores de 16 e menores de 21 anos ficam sujeitos às normas previstas em legislação especial. (DOLINGER, 2013, p. 86).

Observa-se, então, que o direito português disciplina o tema de duas maneiras: os menores de 16 anos são inimputáveis, aplicando-se àqueles entre 12 e 16 anos a chamada Lei Tutelar Educativa (PGDL 1995); aos maiores de 16 e menores de 21 anos, aplica-se o chamado Regime dos Jovens Adultos. (DOLINGER, 2013, p. 88).

A Lei Tutelar Educativa qual, semelhante ao nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê que a prática de um fato criminoso pelo menor (entre 12 e 16 anos, repita-se), enseja a aplicação de “medida tutelar educativa”, as quais “visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade” Dentre tais medidas, destacam-se o acompanhamento educativo e o internamento em centro educativo, esta última pode se dar nos

regimes aberto, semiaberto e fechado, sendo o tempo máximo de três anos para este último regime. (COUTO, 2018, p. 9).

Quanto aos maiores de 16 e menores de 21 anos, o DL nº 401/82, dispõe que a eles aplica-se, subsidiariamente, o Código Penal Português, prevendo o Regime dos Jovens Adultos causas de atenuação da pena de prisão, a aplicação de “medidas de correção” – dentre as quais o internamento em centros de detenção, pelo prazo de até 6 meses. (COUTO, 2018, p. 9).

3.4 A legislação acerca do menor no Brasil: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)

Criança de 1989, menos de um ano depois da promulgação da CF/88, surge a Lei 8.069/90, que busca reconhecer direitos e garantias às crianças e adolescentes, com base na doutrina da proteção integral, e destacar sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, merecedora, portanto, de um sistema específico de regulamentação e promoção. Proporcionar esse intento, ou seja, colocar os infantes a salvo de qualquer forma de discriminação, violência, exploração, etc. e promover o alcance dos direitos a eles estabelecido, pela CRFB/88 e da legislação internacional sobre direitos humanos, é dever da família, da sociedade e do Estado (TAVARES, 2015, apud MELO, 2017, p. 18-23).

Relativamente à doutrina da proteção integral, leciona Marília Montenegro P. de Melo que ela,

não se limita à proteção e à vigilância dos menores, mas busca promover e defender todos os direitos de todas as crianças e adolescentes, abrangendo a sobrevivência (vida, saúde, alimentação), o desenvolvimento pessoal e social (educação, cultura, lazer e profissionalização) e a integridade física, psicológica e moral (respeito, dignidade, liberdade e convivência familiar e comunitária) além de colocá-los a salvo de todas as formas de situação de risco pessoal e social (negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão). (MELO, 2017, p. 18).

Ao discorrer acerca do artigo 227 da CRFB/88, ROSSATO afirma que tal Dispositivo:

representa o *metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente*, tendo como destinatários da norma a família, a sociedade e o Estado. Pretende, pois, que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física

e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. (grifos no original). (ROSSATO, 2017, p. 74).

Contudo, apesar de entender a importância do estudo do Estatuto como um todo, mostra-se mais consentâneo aos objetivos desta obra restringir-se apenas à análise das chamadas medidas sócio-educativas, sem esquecer, contudo, que estas devem ser aplicadas obedecendo aos princípios trazidos pelo parágrafo único do artigo 100 desse diploma legal. (ROSSATO, 2018, p. 375-377).

O Estatuto considera criança a pessoa de até 12 anos incompletos, e adolescentes aqueles que possuem mais de 12 e menos de 18 anos de idade. As primeiras serão apenas aplicadas apenas as chamadas medidas de proteção (ROSSATO, 2014, p. 315). Por outro lado, aos segundos, são aplicadas tanto as medidas protetivas quanto as denominadas medidas sócias educativas (MELLO, 2017, p. 4).

Estas últimas encontram-se disciplinadas a partir do artigo 112 do ECA. Contudo, antes de analisá-las, impende destacar que todas as garantias penais e processuais penais aplicáveis aos adultos, a exemplo do princípio da reserva legal, das excludentes de ilicitude, do princípio da insignificância (STF, 2001), da garantia de ampla defesa e do contraditório, etc. são dirigidas, e com maior intensidade, também aos menores infratores. (CERQUEIRA, 2017, p. 41).

Isso ocorre por conta de que se abandonou a doutrina da Teoria da Situação Irregular, prevista no Código de Menores de 1979, passando estes, após a edição da CRFB/88 e do Estatuto, a serem considerados sujeitos de direitos, amparados pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, e não meros objetos de interesse, como eram tratados na legislação de menores anterior à lei 8.069/90.

As medidas socioeducativas à disposição do juiz da Vara da Infância e Juventude estão previstas, ao contrário do que dispunha o Código de Menores de 1979, no artigo 112 do Estatuto, em rol taxativo. Dentre estas medidas (ROSSATO, 2017, p. 315), destacam-se a de inserção em regime de semiliberdade e a de internação em estabelecimento prisional.

Ambas as medidas restringem (ou privam, no caso da internação) a liberdade do adolescente e devem ser submetidas aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, apesar de vierem tais princípios expressos apenas em relação à medida de internação (artigo 121 do ECA). (BRASIL, 1990).

A medida de semiliberdade, que pode ser aplicada na sentença da ação socioeducativa ou como forma de transição para o meio aberto, não possui prazo determinado, mas, como a ela são aplicadas as regras da internação, apenas pode perdurar por três anos, cessando automaticamente com a idade de 21 anos.

Há a previsão de atividades externas, tais como a frequência à escola, cursos de profissionalização, utilizando-se dos recursos da comunidade (ROSSATO, 2017, p, 315), e sendo acompanhados pela entidade de atendimento ao menor, responsável por apresentar relatórios dos trabalhos desenvolvidos e do comportamento do adolescente ao juiz responsável pela execução da medida.

Quanto à medida de internação, apenas pode ser imposta nas hipóteses taxativas previstas pelo art. 122 do Estatuto. Segundo a doutrina (ROSSATO, 2017, p, 365–373), tal dispositivo as divide em duas espécies:

- a) a primeira delas será aplicada quando restarem comprovados, mediante sentença, a autoria e materialidade do ato infracional, cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou em caso de cometimento reiterado de outras infrações graves e se demonstrar a necessidade e adequação da medida para a ressocialização do menor infrator. Será sujeita a prazo indeterminado, porém limitado a três anos, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, a cada 6 meses, a teor do artigo 121 do ECA;
- b) a segunda será imposta no caso de descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta, a teor do art. 122, III do ECA. (BRASIL, 1990). Terá prazo limitado a três meses, sendo decretada pelo juízo da execução, tendo em vista que o adolescente já estava cumprindo medida(s) socioeducativa(s) anterior(es). (NEVES, 2018, p. 321).

A internação será cumprida em estabelecimento destinado exclusivamente para adolescentes infratores, havendo rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Os direitos do adolescente privado de liberdade, que muito se assemelham aos previstos nos arts. 40 e ss. da LEP (Lei 7.210/84), estão previstos no artigo 124 do Estatuto, em rol exemplificativo. (BRASIL, 1984).

4 POSTURAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA MENORIDADE PENAL

Nessa parte do estudo, será realizada uma análise de duas posições doutrinárias a respeito da redução da minoridade penal.

A primeira delas corresponde à opinião da maioria da população brasileira, como foi exposto nas pesquisas apresentadas no segundo capítulo desta obra. "A

segunda baseia-se na ideia de que tal idade consta em cláusula pétrea e, por estar prevista ainda em Tratados internacionais sobre direitos humanos, não poderia ser rebaixada, nem mesmo em uma nova Constituição”. (MELO, 2017, p. 25).

Em seguida, no próximo capítulo, tentaremos construir uma forma de enfrentar o assunto, sem esquecer a complexidade apresentada e que, nesses casos, não se pode, simplesmente, apresentar uma “solução mágica”, que possa obter unanimidade de todos (estudiosos, ou não) a respeito do tema.

4.1 Posição dos doutrinadores que entendem possível a redução

Os argumentos a favor da diminuição da maioria são os mais diversos. Há os que entendem que não se pode comparar o adolescente de hoje, que possui maior acesso à informação e desenvolve sua capacidade de entender o caráter criminoso de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento de maneira mais precoce, com aquele da década de 40, época em que o artigo 27 do Código Penal foi criado. (CERQUEIRA, 2017, p. 41).

Outros entendem que deveria haver uma equiparação entre a “maioridade eleitoral” (aos 16 anos) e a penal. Com 16 anos, o adolescente poderia escolher os rumos políticos de seu município, estado ou país, mas não seria responsável penalmente por seus atos.

Há, ainda, o papel da mídia, que incute na população um sentimento de impunidade em relação ao menor de 18 anos, considerando que, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no máximo, o menor infrator sofrerá três anos de medidas socioeducativas e estará na rua, pronto e mais experiente para delinquir novamente.

Existem doutrinadores de escola que defendem a redução da maioria. (CERQUEIRA, 2017, p. 41). Iremos trazer aqui as ideias de alguns doutrinadores e de dois parlamentares federais sobre o assunto.

Para Fernando Capez,

existe um a realidade para a qual estamos “vendando” nossos olhos, ou seja, o Estado vem concedendo “carta branca” para que os indivíduos de 16, 17 anos, com plena capacidade de entendimento e volição, pratiquem atos atroz, bárbaros, pela falta da devida punição, garantindo-se, assim, o direito de matar, estuprar, traficar, de ser bárbaro, atroz. Por outro lado, ainda que se tome em consideração aspectos da realidade educacional e a omissão do Estado em prover orientação adequada para os jovens, a redução da maioria penal é medida justa. Ora, se

ponderarmos sobre esses fatores, aquele que pratica um crime com 18, 20 ou 21 anos o fez, também, pela falta de oportunidade de emprego, estudo, etc. (CAPEZ, 2016, p. 37).

Já Kiyoshi Harada (2017, p. 38), primeiramente combate à ideia de que a menoridade penal seria imutável e, em seguida, Maria Garcia (2018, p. 55), defende que seja ela realizada, mas sem esquecer das características peculiares dos menores infratores.

Posição mais radical assume Palhares Moreira Reis para quem,

em determinados países da Europa, o limite da consideração do discernimento para a imputação penal é de 10 anos. Como no Brasil, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o limite etário entre essas duas categorias está na idade de 12 anos, em nosso entender este é o limite que se deve estabelecer para a imputabilidade, como ocorre em países mais desenvolvidos. (REIS, 2017, p.14).

Por fim, para Roberto de Lucena, Deputado Federal pelo PV de São Paulo,

o ideal parece ser promover a redução da maioridade penal em relação a crimes específicos, como o tráfico de drogas, homicídio, estupro, latrocínio e outros tipos penais graves, estabelecendo como 14 anos a idade a partir da qual o sujeito é penalmente responsável pelos seus atos. A pena seria a mesma imposta ao maior de 18 anos. Essa redução, todavia, precisa ser feita com a adoção prévia de algumas medidas, como a construção de presídios separados para abrigar adolescentes em conflito com a lei, porque essas pessoas demandam clausura diferenciada. Não se pode entregá-los à custódia dos experientes criminosos que habitam os presídios brasileiros. Reduzir a maioridade penal e colocar um jovem de 15 anos em contato com presos já desvirtuados pelo sistema seria propiciar a ele um 'doutorado do crime. (LUCENA, 2013, p. 25).

4.2 Posição doutrinária que sustenta não ser possível a redução da menoridade penal

Por outro lado, a maioria da doutrina - seja de constitucionalistas seja de penalistas ou, ainda, de sociedades protetoras dos direitos das crianças e adolescentes - é contrária a redução da menoridade penal.

O argumento de que os adolescentes alcançam a maturidade de forma mais precoce do que quando a previsão do Código Penal de 1940 não prospera, pois diplomas penais mais modernos adotam essa idade, que também foi adotada na Convenção sobre os direitos da Criança e do Adolescente de 1989 e na Constituição Federal de 1988.

Quanto ao fato de que o indivíduo com dezesseis anos pode votar, tem-se que o voto entre os 16 e os 18 anos é facultativo, além do que não dá o direito de ser votado. Tal direito seria apenas “uma prática incentivadora e aceleradora da cidadania ativa, jamais demonstração de maturidade suficiente para a imputabilidade penal.” (AMARAL, 2016, p. 23).

Relativamente ao argumento de que haveria impunidade do menor infrator, já foi comentado acima que não se deve confundir inimputabilidade com impunidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação de medidas socioeducativas aos adolescentes que, muitas vezes, podem ser mais severas do que as aplicadas aos adultos. (MELO, 2017, p. 91–93).

Da mesma forma que em que se trabalhou o tema no item anterior, iremos trazer à discussão argumentos de estudiosos sobre o assunto.

Primeiramente, abordando a impossibilidade constitucional da redução da menoridade penal, afirma que:

de fato, entende-se serem inconstitucionais eventuais propostas de emenda constitucional que tenham por intuito reduzir a maioria penal, pois atingem direito fundamental de adolescente que, segundo a tese dos direitos análogos, apesar de não se constituir em um direito individual formal (por não constar expressamente no rol do art. 5º da CF), goza da proteção de cláusula pétrea, conforme disposição no art. 60, §4º, IV da CF. Nesse sentido, o atingimento da imputabilidade penal somente aos 18 anos de idade é garantia individual material, pois representa uma liberdade negativa em face do Estado. (ROSSATO, 2018, p. 326).

Rogério Greco, procurando demonstrar o lado complexo do problema e que soluções simplórias como aquela realizada apenas na legislação penal não o resolveriam, afirma que:

ao invés de adotar políticas sociais coerentes, deixamos de lado o Estado Social, e passamos a adotar um Estado Penal, mesmo sabendo da carga simbólica deste último. [...] é mais

conveniente ao Estado punir, seletivamente, o miserável (porque será ele que continuará a frequentar nossos cárceres), do que programar políticas públicas dignas de um Estado Democrático de Direito. [...] o discurso da redução da maioria penal, além de não resolver o problema do aumento da criminalidade, somente abarrotará, ainda mais, nosso sistema prisional. (GRECO, 2015, p. 31).

Abordando também a questão da criminalidade em outros países que adotam a imputabilidade penal em idade inferior à nossa, Luiz Otávio do O. Amaral conclui:

a redução da idade penal não fez diminuir a criminalidade nos poucos países em que foi adotada, assim como a pena de morte. É que o criminoso não age segundo essa lógica intimidatória, não o criminoso que nos assusta a todos, os 'profissionais' do crime (criminoso por opção de vida), raramente tem o efeito intimidatório da pena, ainda que a mais cruel, interfere no ato ou momento irracional dos que cometem crime por deslizes eventuais ou passionais, daí a utilidade reduzidíssima da pena tão só intimidatória. Se a mera punição de crianças e jovens fosse verdadeiramente fator de contenção ao crime, os Estados Unidos, que punem (em alguns Estados) menores de 18 anos, não seriam um exemplo de alta taxa de criminalidade entre os adolescentes. [...] No Japão, onde tem tudo, os jovens representam 42,6% dos infratores (no Brasil, em torno de 10%) e ainda assim a idade penal é de 20 anos. Se o Brasil chama atenção por algum motivo é pela enorme proporção de jovens vítimas de crimes, e não pela de infratores. (AMARAL, 2016, p. 23).

Por fim, em primoroso trabalho sobre o tema, a professora pernambucana Marília Montenegro P. de Melo (2017, p. 46) leciona que: "o argumento do rebaixamento da menoridade penal pode ser encarado como um retrocesso, uma limitação aos direitos fundamentais."

O aumento da intervenção punitiva vai de encontro aos princípios do Estado Democrático de Direito, podendo servir como uma burla, para mascarar os verdadeiros problemas existentes nos países periféricos. [...] (LEITE, 2018, p. 30).

A incompetência do Estado e o descaso da sociedade brasileira em fiscalizar, cobrar e atuar em relação à proteção da criança e do adolescente, principalmente aqueles marginalizados, termina por incentivar um discurso superficial e ilusório para

buscar a resolução dos problemas sociais. Criar uma diversidade de tipos penais, ou rebaixar a idade penal, aumentando a esfera de pessoas atingidas pela legislação penal é um 'remendo', uma solução simplista às falhas de uma política social. (LEITE, 2018, p. 30).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, levantou-se que o aumento da criminalidade é um problema complexo, que a falta de oportunidades de emprego, os baixos índices de escolaridade, o enfraquecimento dos laços familiares e o aumento do consumo de entorpecentes são alguns dos fatores que contribuem para esse quadro.

Nesse cenário, muitas vezes sem compromisso com a análise complexa que o assunto requer, a mídia divulga crimes envolvendo os menores de idade e incute na população a falsa ideia: precisamos de leis mais severas para diminuir a criminalidade entre os menores de idade.

O Direito Penal deve ser a última linha de frente para combater os problemas sociais, sob pena de se criar um "inchaço" do sistema punitivo e, assim, provocar o seu descrédito, a criação de novas leis penais, não é garantia que os infratores sejam punidos.

Vivemos em meio a um sistema penal seletivo e que "abarrota" nossas penitenciárias com as camadas mais pobres da população. Enquanto isso, os mais abastados seguem impunes. A Corrupção desvia milhões e os autores de tais crimes quase nunca (para ser bem otimista) são responsabilizados.

O estudo demonstra que a solução para o problema vai muito além da redução da menoridade, e que esta não se faz possível.

Embasando essa opinião na impossibilidade de mudança do artigo 228 da CF/88, verdadeira cláusula pétrea que protege os menores de 18 anos de serem inseridos no fracassado sistema penitenciário brasileiro. Defendemos que isso não seria possível, nem mesmo com uma nova Constituição, tendo em vista a supraconstitucionalidade de que este direito se reveste.

Contudo, não se pode olvidar que mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente são necessárias. O tempo máximo de internação pode ser aumentado para 6 anos para aqueles crimes cometidos mediante violência intencional contra a pessoa, tais como homicídio, latrocínio e estupro. Deve haver uma análise periódica, por uma equipe multidisciplinar, a respeito de se o menor (ou já maior de idade) se encontra em condições de reingressar ao convívio social.

Sabemos que a natureza das medidas socioeducativas não é retributiva. Porém, não se pode negar, que o período de três anos de internação pode não se mostrar adequado para a ressocialização de alguns menores infratores. Afastá-los da criminalidade, proporcionando a eles o respeito e a educação necessária pode ser a melhor solução, não se desprezando os males que uma medida privativa de liberdade pode causar.

Essa proposta deve ser a última de uma série de melhorias, tanto nas condições sociais dos adolescentes antes de cometer os delitos quanto durante o cumprimento da medida.

Proporcionar educação de qualidade, lazer, moradia, saúde, profissionalização, oportunidades de emprego, etc. para evitar que o jovem entre para o mundo do crime.

Investimentos em infraestrutura (evitando um dos problemas mais graves encontrados, qual seja a superlotação das Casas de internação) e capacitar adequadamente os profissionais que trabalham na ressocialização de menores para que, dessa forma, possam ser corretamente inseridos na sociedade.

Deve ser dada preferência ao trabalho de prevenção ao envolvimento dos menores com o crime. Caso esse trabalho seja falho, reduzir a minoridade e inserir os adolescentes no falido sistema carcerário brasileiro parece não ser a melhor solução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI 939/DF, de relatoria do Min. Sydney Sanches, o STF reconheceu o princípio da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, “b” da CF/88 como “garantia individual do contribuinte”.

AMARAL, Luiz Otávio de O. **A redução da imputabilidade penal**. Revista Jurídica Consulex – ano VII – nº 166, 2016, p. 22. Disponível em: <minhateca.com/baixarlivros>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BALDAN, Luís Édson. **“Delinquência” juvenil: há que se cuidar do broto para que a vida nos dê flor e fruto**. Boletim IBCCRIM – ano 15 – nº 14 – maio – 2018, p. 12.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62.

BOE, Código Penal espanhol, **Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre**. Disponível em: < <http://www.boe.es/boe/dias/2000/01/13/pdfs/A01422-01441.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. **Conforme disposição da lei orgânica 8/2006**, que modificou a redação do artigo 14 da lei orgânica 5/2000. BOE, Código Penal espanhol, Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. Artigo 19. **[Mayoría de idade penal]** Os menores de dieciocho anos não são responsáveis criminalmente conserto de código. Quando um menor de uma futura lei pode ser um responsável pelo tratamento com a disposição na lei que regule a responsabilidade penal do menor . (Disponível em: <<https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-en-vigor.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. p. 117-119-220. Disponível em: <<https://www.estantevirtual.com.br/b/claudio-brandao/curso-de-direito-penal-parte-geral/3540244776>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BATISTA, Eurico. **Maior parte dos presos responde por tráfico e roubo**. 2018. . Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/11/03/com-um-roubo-por-minuto-brasil-tem-1-milhao-de-veiculos-levados-em-2-anos.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2017. Disponível em: <<http://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2141521/depen-traca-perfil-dos-presos-no-brasil>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

CAPEZ, Fernando. **A questão da diminuição da maioridade penal**. Revista jurídica Consulex – ano XX – nº 249, 2016.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Redução da maioridade penal** in Revista jurídica Consulex – ano XI – nº 245 – 31 de março/2017.

_____. Cita como “defensores da redução da maioridade penal para 16 anos juristas a exemplo de Miguel Reale Jr, in Nova Fase do Direito Moderno, Saraiva, 1998, e Paulo Lúcio Nogueira, Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, Saraiva, além de Manuel Pedro Pimentel, Marcello Fortes Barbosa e Diógenes Malacarne.”(CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de Pádua. **Redução da maioridade penal**. Revista Jurídica Consulex – ano XI – nº 245, 2017, p.41).

COUTO, Isabel Luís do. “as medidas tutelares educativas, aplicadas através de uma intervenção judiciária e de acordo com os princípios da proporcionalidade, da mínima intervenção e da actualidade, têm como objectivo uma protecção educativa no sentido de reparar e instruir o menor para a responsabilidade. Neste processo de aprendizagem, o menor incorpora os valores e as exigências comunitárias dignas de uma boa conduta.” **(O Problema da Idade da Imputabilidade Penal**. Dissertação

de mestrado. UCP/ED, Porto, 2012, p. 9.). Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9682/1/TESE-%20Isabel%20Lu%C3%ADs%20do%20Couto.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

DANTAS, Ivo. As cláusulas pétreas são “intocáveis, rijas, resistentes e insensíveis a qualquer proposta de manifestação do Poder de Reforma.” (**Instituições de direito constitucional brasileiro**). Curitiba: Juruá, 1019, p. 233.

DHNET, Princípio 1.4 das Regras de Beijing. **REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA, DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (REGRAS DE BEIJING), 2017**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: A criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 81-85.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 326.

G1. Estudo elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontou que a população carcerária do país passou de 471,2 mil para 515,4 mil entre 2011 e 2012, um aumento de 9,39%. No mesmo período, revelou o levantamento, as vagas nos presídios brasileiros cresceram apenas 2,82%: saíram de 295,4 mil para 303,7 mil. Já o CNJ divulgou em 2017 que a população carcerária do país passou para 700.000 mil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/11/numero-de-presos-cresceu-quase-10-entre-2011-e-2012-diz-estudo.html>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

G1; UNICEF. **O Brasil tem hoje 2,5 milhões de crianças e jovens entre 4 e 17 anos fora da escola**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/brasil-possui-quase-25-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-fora-da-escola-diz-estudo.ghtml/UNICEF/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

GARCIA, Maria. **Juventude e violência: a maioria penal e a ética da responsabilidade**. Revista de direito constitucional e internacional, nº 62, 2018, p. 255.

GOMES, Luiz Flávio. Brasil: **reincidência de até 70%**. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **A maioria e a maioridade penal** in Revista jurídica Consulex – ano XI – nº 245 – 31 de março/2007 p. 32. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/947/705>. Acesso em: 15 ago. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** 12ª ed. vol.1 Rio de Janeiro, 2015, p. 381.

GRECO, Rogério. **É necessária a redução da maioridade penal?** Revista Jurídica Consulex – ano XVII – nº 392, 2013, p. 31. Disponível em: Biblioteca Católica/Recife.

HARADA, Kiyoshi. **Menores infratores: redução da maioridade penal.** Revista jurídica Consulex – ano XI – nº 245, 2007, p. 38.

KEMPFER Marlene; TAMIOZZO. Alguns autores veem a mídia como um quarto poder, por conta da força que esta detém na atual “sociedade da informação”. Por todos, ver KEMPFER, Marlene e TAMIOZZO, Henrico César. **O pacto global de responsabilidade social empresarial e a contribuição normativa brasileira para o combate à corrupção no domínio econômico.** Revista de Direito Brasileira, ano 3, vol. 6, 2018, p. 168 e ss. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

LEITE, George Lopes. **A simples redução da imputabilidade penal será capaz de, efetivamente, coibir a criminalidade?** Revista Jurídica Consulex – ano VII – nº 166, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.541.

LUCENA, Roberto de. **Maioridade penal relativa.** Revista jurídica Consulex – ano XVII – nº 392, 2013, p. 25. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2013/69019/Maioridade_penal.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

_____. “os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o parágrafo 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores.” (Artigo: **Cláusulas Pétreas e a Maioridade Penal**). Disponível em: <[HTTP://www.juristas.com.br](http://www.juristas.com.br)>. Acesso em: 22 ago. 2020.

MELO, Marília Montenegro Pessoa de. **Adolescentes infratores: punir e (res)socializar:** Uma análise teórica e prática da inimputabilidade penal dos menores

de 18 anos e sua responsabilidade perante o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dissertação de Mestrado – FDR/UFPE, Recife, 2017, p. 25. Disponível em: <http://www.bdttd.ufpe.br/bdttd/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6064>. Acesso em: 22 ago. 2020.

_____. **Adolescentes infratores: punir e (res)socializar:** Uma análise teórica e prática da imputabilidade penal dos menores de 18 anos e sua responsabilidade perante o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dissertação de Mestrado – FDR/UFPE, Recife, 2017. p. 46. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4512/arquivo5901_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 set. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 258.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: **mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder** *in* Revista de informação legislativa, v. 33, nº 132, out./dez. De 2018. p. 321-330.

NEUHOLD, Roberta dos Reis. dos **“Os excluídos ‘existem’? Notas sobre a elaboração de um novo conceito”** *in* Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 33, p. 49-61, fevereiro/1997. Disponível em: <https://www.urutagua.uem.br/005/19soc_neuhold.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p.73.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas** 6ª Ed. vol. 2 São Paulo: revista dos Tribunais, 2016. p. 99. Disponível em: <<https://www.minhateca.com/baixarlivros>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

OLIVEIRA, Luciano. **“Os excluídos ‘existem’? Notas sobre a elaboração de um novo conceito”** *in* Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 33, p. 49-61, fevereiro/2017.

PGDL (Procuradoria Geral de Lisboa) **DL, Art. 2º Lei 166/99**, de 14 de setembro. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 22 ago. 2020.

PGDL (Procuradoria Geral de Lisboa) **DL, nº 401/82**, de 23 de setembro. Disponível em: <

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=226A0008&nid=226&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=>. Acesso em: 27 ago. 2020.

PGDL (Procuradoria Geral de Lisboa) nº **48/95**, de 15 de março. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 22 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**, p. 8. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB-2016.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal Brasileiro 29ª ed.** vol. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REIS, Palhares Moreira. **Diminuição da maioria penal**. Revista jurídica Consulex – ano XIV – nº 323, 2014, p. 14. Disponível em: <minhateca.com/baixarlivros>. Acesso em: 18 ago. 2020.

RIBEIRO, Roberto Carlos. **Tal Declaração previa, entre outros, que, “desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade” (princípio 3), “a criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro” (princípio 8) e “a criança gozará proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza” (princípio 10)**. Disponível em: <<http://viverdireito.blogspot.com.br/2007/07/>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Paulo Bonavides *et al.* [coord.]. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 2.396.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo** – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e MELO, Marília Montenegro Pessoa de. **Adolescentes infratores: punir e (res)socializar: Uma análise teórica e prática da inimputabilidade penal dos menores de 18 anos e sua responsabilidade perante o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação de Mestrado – FDR/UFPE, Recife, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4512/arquivo5901_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo** – 6ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

_____. Tal dispositivo foi inserido no Estatuto pela lei 12.010/09. Para ter uma noção de seus reflexos no estudo das medidas socioeducativas, ver ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo** – 6ª ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 375-377.

STF. RE 285.571 DE 13.02.2001, onde o STF anulou o processo por ato infracional por conta de que o advogado do menor aceitou passivamente a imputação mais desfavorável a seu cliente, por entender o Tribunal que tal conduta do defensor não foi condizente com os preceitos do ECA. Ver, ainda quanto ao tema, a Súmula 342 do STJ, que afirma que “no procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente.” Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778211/recurso-extraordinario-re-285571-pr>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Idade penal (maioridade) na legislação brasileira desde a colonização até o código penal de 1969**. Boletim IBCCRIM – Ano 12 – nº 144, 2004 e MELO, Marília Montenegro Pessoa de. **Adolescentes infratores: punir e (res)socializar**: Uma análise teórica e prática da inimputabilidade penal dos menores de 18 anos e sua responsabilidade perante o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dissertação de Mestrado – FDR/UFPE, Recife, 2015, p. 18 - 23. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9682/1/TESE-%20Isabel%20Lu%C3%ADs%20do%20Couto.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307. Disponível em: <minhateca.com.br/baixarlivros/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. *Apud* LEITE, George Lopes. **A simples redução da imputabilidade penal será capaz de, efetivamente, coibir a criminalidade?** Revista Jurídica Consulex – ano VII – nº 166, 2013, p. 28.

A RELEVÂNCIA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

AVINER LUCAS DORDAN DOS SANTOS:

Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade Brasil.

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: Neste artigo será consignado a relevância do contrato de compra e venda, um dos pilares para as relações socioeconômicas em todo o mundo. Compreende-se que a Constituição Federal confere ao contrato objeto deste estudo caráter obrigacional, haja vista que seus efeitos são socialmente adequados, proporcionais, razoáveis e equitativos. Não obstante, deverá ser devidamente analisado para a confecção do contrato objeto desde estudo o Código Civil, que possui disposições claras e que devem ser efetivamente seguidas para que não seja pactuado um negócio jurídico passível de anulação. Entende-se que o contrato de compra e venda, possui como finalidade a alienação de bens, haja vista que se trata de uma situação em que uma das partes manifesta seu desejo de adquirir determinada coisa e a outra de se desfazer dessa. Dessa forma, ao comprador é imposto a obrigatoriedade de pagamento e ao vendedor a obrigação de transferir a propriedade da coisa. No que tange à análise do contrato, é preciso exame sobre pormenorizado sobre seus elementos essenciais, ou seja, o consentimento de vontade das partes, o objeto da compra e venda e o valor pecuniário avençado.

Palavras-chave: Contrato de Compra e Venda; Código Civil; Consentimento das Partes; Objeto da Compra e Venda; Valor pecuniário.

ABSTRACT: This article aims to include some reflections on medical error in the exercise of their professional activity, and its legal implications in the scope of civil, criminal and ethical liability. The inherent fallibility of the medical professional practice, added to the subjective and vulnerable attributes of each patient, result in the occurrence of adverse events, intensifying the number of lawsuits, in view of the violation of fundamental constitutional premises such as the right to life, health and to the dignity of the human person. The doctor-patient relationship, despite being a service provision contract, must involve trust and responsibility and due to its mandatory "medium" nature, there is no commitment to achieve a result, with diligence and diligence being relevant. dedication in performing the service. Thus, however much there is, both for the patient and for society, expectations of the result of reestablishing health without compromising the patient's physical integrity, it is the physician's duty to act with prudence in the performance of his activities. If he

does not act in accordance with the duty imposed on him by his profession, he violates the right and causes damage to the patient, arising the duty of reparation in the civil, criminal and ethical spheres, which will be analyzed in this article, even discussing the responsibility of hospitals and health plans in the event of an adverse event.

Keywords: Purchase and Sale Agreement; Civil Code; Consent of the Parties; Purpose of the Purchase and Sale; Monetary value.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO CIVIL E OS CONTRATOS. 2.1 O Código Civil de 2002. 3 OS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS QUE REGEM OS CONTRATOS, COM ÊNFASE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA. 4 O CONTRATO DE COMPRA E VENDA. 4.1 Classificação do Contrato de Compra e Venda. 4.2 Elementos Essenciais da Compra e Venda. 4.3 Efeitos Jurídicos Decorrentes da Compra e Venda. 5 SITUAÇÕES E CLÁUSULAS ESPECIAIS DE COMPRA E VENDA. 6 A RELEVÂNCIA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA NA ALÇADA INTERNACIONAL. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo será discorrido acerca de contratos de compra e venda. É certo que se faz necessário explorar o Código Civil vigente e seus artigos que regem a realização do mencionado contrato. Imprescindível que seja tratado sobre a influência dos contratos no meio social e a cautela essencial para que os mesmos apresentem plena validade no âmbito jurídico.

Primeiramente, antes de adentrar precisamente ao tema, será devidamente analisado o Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para que seja realizado breve estudo referente à evolução e às necessidades que fizeram com que houvesse inovação ao tratar de temas anteriormente não disciplinados.

A realização de negócios jurídicos é essencial para o desenvolvimento de um país, de forma que entende-se que é necessário que a legislação seja adequada a contemporaneidade, sendo ela econômica e política.

Desta maneira, tem-se que a realização de contratos, em especial os de compra e venda, são um pilar primordial para a sociedade, haja vista que por intermédio desses realiza-se negócios jurídicos mediante à manifestação de vontade dos envolvidos.

À vista disso verifica-se que há preceitos básicos a serem seguidos, sejam esses designados por questões presentes junto à Constituição Federal, ao Código Civil e ainda à Lei Especiais. É certo que a inobservância das legislações anteriormente

mencionadas poderão acarretar às partes impasses embaraçosos, que poderão levar à nulidade do negócio jurídico, ou seja, do contrato de compra e venda avençado.

Por objetivo geral tem esse trabalho analisar o negócio jurídico realizado pelo contrato de compra e venda. Por sua vez, os objetivos específicos são examinar a classificação desse, quais os elementos essenciais da compra e venda, os efeitos jurídicos decorrentes da compra e venda, situações especiais referentes ao tema em questão e ainda como há no âmbito internacional a utilização do contrato de compra e venda.

Prosseguindo, é pertinente pormenorizar o negócio jurídico em questão, vez que para que esse apresente plena validade no âmbito jurídico, há de ser realizado respeitando os elementos essenciais da compra e venda. Os efeitos jurídicos decorrentes da realização de uma compra e venda são importantes e serão brevemente abordados no decorrer do trabalho.

Considera-se que o tema abordado é extremamente extenso e que a abordagem aqui realizada não será capaz de esgotá-lo, mas que haverá a apresentação das noções conceituais, da classificação, dos elementos essenciais e de questões pertinentes à boa compreensão e realização de eventuais contratos de compra e venda.

Logo no primeiro capítulo, observa-se para a efetiva compreensão de um tema de suma importância e extremamente amplo, que faz-se necessário breve estudo sobre disposições históricas do direito civil e dos contratos. Fundamental que seja realizada apertada síntese sobre a disposição junto ao Código Civil de 2002.

Em seguida, no segundo capítulo, parte-se para os principais princípios que regem a realização dos contratos de compra e venda. É de extrema relevância a questão, para que sejam observados parâmetros para a realização desses e que sejam evitados eventuais nulidades aos negócios jurídicos.

No terceiro capítulo, foca-se no objetivo geral deste artigo, vez que será tratado sobre as peculiaridades do contrato de compra e venda, haja vista que será abordado sua classificação e ainda os elementos essenciais para a realização do negócio jurídico perfeito.

Brevemente, no quarto capítulo, será abordado acerca de situações especiais que ocorrem na realização da compra e venda e ainda de cláusulas especiais, de natureza acessória, que são utilizadas pelas partes para atender a interesses específicos, sem que haja qualquer prejuízo à regulamentação do negócio.

Por fim, o quinto e último capítulo, será responsável por discorrer sobre o contrato de compra e venda em legislações internacionais, que em alguns casos divergem da forma com que esse é tratado no nosso ordenamento jurídico.

A construção do presente trabalho, faz uso da metodologia fundamentada na temática elucidada por ilustres doutrinadores, baseia-se no exame de artigos e principalmente da legislação prática correlatas ao tema.

2 O DIREITO CIVIL E OS CONTRATOS

Inicia-se mencionando acerca do Direito Romano e a abordagem que esse realizava sobre o contrato. Havia o entendimento de que a realização do contrato era um acordo de vontades a respeito de determinada questão.

Somente na alta Idade Média, no encontro do direito romano com o direito germânico, verificou-se novos princípios e tipos contratuais, de maneira que o homem passou a buscar formas de contratação para que houvesse estabilidade junto às relações que pactuava.

Especificamente ao tema em tela, verifica-se que a origem histórica do contrato de compra e venda está diretamente ligada à ideia de troca. Seguramente, em uma fase primitiva da civilização havia a troca daquilo que se precisava pelo que se sobejava.

O tema – contratos –, tratado no Código Napoleônico, em 1804, realizava a junção dos interesses da burguesia e do capitalismo, ao entender que deveria haver a igualização dos sujeitos jurídicos, com a ocultação da posição econômica-social. Para esses a transferência de bens se dava exclusivamente pela manifestação de vontade.

Segundo Gagliano e Pompolha Filho (2020, *apud* WALD, 2000, p. 43):

(...) poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escala de valores tão distintas quanto às que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.

Por contratos entende-se a espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, um dos principais pilares para todas as relações socioeconômicas que acontecem rotineiramente.

Conforme sabiamente observado por Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, p. 1017):

A moderna concepção do contrato, como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem, se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção. O liberalismo econômico, a ideia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.

De acordo com a disposição presente junto à Constituição, verifica-se que os contratos possuem força obrigatória, haja vista que seus efeitos são socialmente adequados, proporcionais, razoáveis e equitativos.

2.1 O Código Civil de 2002

Iniciar-se-á pela menção ao Código Civil de 1916. Faz-se necessário citar que referido Código era dividido em Parte Geral, que continha os princípios básicos aplicáveis para a Parte Especial e que produzia amplamente reflexos no ordenamento jurídico.

No entanto, é sabido que nossa sociedade encontra-se em constante evolução e que há a necessidade de que o direito acompanhe tal andamento. Dessa maneira, em consideração ao desenvolvimento cultural e científico, houve a necessidade da realização de alterações junto ao Código Civil, ensejando a entrada em vigor da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O ordenamento jurídico brasileiro entende que o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue na formação, haja vista a exigência de duas partes; podendo ser bilateral ou plurilateral.

Para Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, *apud* AZEVEDO, 2002, p. 16):

(...) todo fato jurídico consistente na declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Acerca da abordagem do Código Civil, verifica-se que a elaboração e realização de um contrato constitui-se de uma sequência de atos. Nomeia-se tais

atos de tripartição de sucessivas etapas, entendendo-se que são: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Para Segundo Gagliano e Pompolha Filho (2020, *apud* AGUIAR JR):

(...) aplaudo o Projeto no que representa de inovador na visão geral do contrato como um ato que deve atingir finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes, da ordem pública. Para o juiz civil forneceu os instrumentos necessários para a realização da justiça material. Aplaudivo também no que tem de apuro técnico. Apenas observo que, nesse propósito de atender àqueles princípios gerais antes anunciados, ao elaborar as normas de conduta, deixou de lhes dar plena aplicação – ou lhes deu em extensão aquém da possível e desejada. De qualquer forma, na Teoria Geral do Direito e na matéria obrigacional, constitui um avanço no qual não podemos mais retroceder.

Na atualidade, há uma forma mais objetiva de analisar as cláusulas contratuais e os comportamentos das partes. Há de ser devidamente observado questões referentes ao ser humano e a forma com se dá a solidariedade social. Compreende-se que sob o entendimento Constitucional, a interpretação quanto a validade de um contrato é dinâmica e flexível, e não estática e rígida.

No direito civil, observa-se a presença do contrato não só junto ao direito das obrigações, mas ainda perante o direito de empresa, o direito das coisas – transcrição, usufruto, servidão, hipoteca e outros –, no direito de família – casamento – e no direito das sucessões – partilha em vida –. Verifica-se que se trata de uma figura jurídica que ultrapassa o âmbito do direito civil, sendo expressivo o número de contratos de direito público que são celebrados na sociedade contemporânea.

3 OS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS QUE REGEM OS CONTRATOS, COM ÊNFASE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Para adentrar ao princípio da autonomia da vontade, que tem suas bases junto à ampla liberdade contratual, menciona-se que desde o direito romano as pessoas possuem liberdade para contratar, de maneira que cabe ao interessado o direito de contratar ou não contratar, de escolher àquele com quem deseja avançar e ainda de estabelecer o conteúdo do contrato.

Para o princípio do consensualismo é suficiente para o aprimoramento do negócio jurídico que haja o acordo de vontades. No que se refere à compra e venda,

entende-se que essa torna-se perfeita e obrigatória quando as partes acordam quanto ao objeto e ao preço.

No que se refere ao preço, um dos elementos essenciais do contrato, observa-se dois princípios consideravelmente opostos.

Dispõe Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, p. 1171):

(...) primeiro, o princípio do nominalismo monetário, significando que até o vencimento da prestação o risco da desvalorização da moeda recairá sobre o credor, pois o devedor pagará o valor ajustado no título, diante da obrigatoriedade do pactuado; segundo, o princípio do valorismo monetário, também chamado de princípio da dívida de valor, pelo qual a atualização da prestação pecuniária é uma exigência de equidade e visa evitar o enriquecimento sem causa, preservando o valor real da moeda (CC, art. 884). Com isso, a jurisprudência superior reconheceu que a correção monetária está implícita no princípio do nominalismo, sob pena de, pensando em senso distinto, “em período de elevada inflação, acarretar a injustiça de muitos serem penalizados em benefício de poucos” (STJ, AC unân. 3ª T., REsp. 14.470/MG, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 11.11.1991, DJU 16.12.1991, p. 18.539).

Em apertada síntese menciona-se o princípio da boa-fé. Esse é subdividido em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. No que se refere à objetiva, essa se trata da confiança adjetivada. Nesse sentido, entende-se que o princípio busca a realização de atos com base em determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo que não haja qualquer frustração a legítima confiança da outra parte. Em contrapartida, o princípio da boa-fé subjetiva é aquele que faz referência ao estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência.

4 O CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Segundo o Código Civil:

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Dessa forma, compreende-se que a compra e venda se trata de um negócio jurídico bilateral, no qual uma das partes assume a obrigação de que seja transferido o domínio de algo, mediante o pagamento de um valor pecuniário.

Certamente, estamos diante de um contrato cuja finalidade é a alienação de bens, haja vista que uma das partes manifesta seu desejo de adquirir determinada coisa e a outra de se desfazer dessa. Assim, para o comprador é imposto a obrigatoriedade de pagamento e paga o vendedor a obrigação de transferir a propriedade da coisa.

No ordenamento jurídico brasileiro, há o entendimento de que o contrato de compra e venda possui caráter obrigacional, servindo como um título translativo, que será fundamento para obtenção de propriedade, que ocorrerá com a tradição (artigo 1.267, CC) para bens móveis e no que se refere aos bens imóveis com o devido registro em cartório (artigo 1.245, CC). Majoritária ainda a aplicação da teoria dos riscos pela perda ou deterioração da coisa, haja vista que o comprador somente se responsabiliza pelos riscos de sua aquisição a partir do momento em que há efetivamente o recebimento da coisa, o que auxilia para se se dê a proteção jurídica.

4.1 Classificação do Contrato de Compra e Venda

Para as primeiras lições, importante mencionar que nos encontramos diante de um contrato típico e nominado, que se encontra disciplinado pelo Código Civil. Entende-se que se trata de um contrato bilateral, vez que se faz necessária a manifestação de vontade de ambos os contratantes, de maneira que ficarão avençadas obrigações recíprocas entre eles.

Para doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves, a compra e venda é o mais importante dos contratos e a base do direito das obrigações e ainda do direito comercial. Em sua caracterização jurídica, entende a doutrina de que este contrato é bilateral perfeito, vez que apresenta obrigações recíprocas, para o comprador e para o vendedor. Caso não houvesse a reciprocidade de obrigações estaríamos diante de uma doação, por exemplo. Sob o olhar jurídico, entende-se que esta característica faz com que a execução da prestação de um dos contratantes seja causa do adimplemento do outro.

Por sua vez, se trata de um contrato consensual, pois deverão as partes convergir acerca do valor pecuniário e do objeto, independentemente da entrega da coisa.

Percebe-se que se trata ainda de um contrato oneroso, haja vista que ambos os contratantes apresentam proveitos, que correspondem à determinado sacrifício,

haja vista o pagamento para o recebimento da coisa e por outro lado a entrega do objeto do contrato.

Por fim, há o entendimento de que o contrato de compra e venda é em regra comutativo, vez que representa de imediato disposição certa quanto ao conteúdo das prestações recíprocas.

4.2 Elementos Essenciais da Compra e Venda

O consentimento das partes, a coisa e o preço são os elementos constitutivos essenciais do contrato de compra e venda.

Prosseguindo, passa-se ao estudo de cada um dos elementos mencionados. Em primeiro, vejamos quanto ao consentimento das partes, que é essencial para que seja realizado o ajuste da coisa e do preço. Esse é realizado através da declaração de vontade das partes, onde há o mesmo objetivo referente ao preço, a coisa e as demais condições da avença.

Para que haja a realização de um negócio jurídico válido é preciso que às partes que se dispõem a realiza-lo sejam plenamente capazes. Caso seja a situação de que uma das partes é incapaz, seja absoluta ou relativamente, faz-se necessária a representação para garantir a validade.

Imperioso mencionar que em alguns casos, apenas a representação não faz-se suficiente para a plena eficácia do negócio jurídico. Nesse sentido, para a venda de imóveis pertencentes à incapaz há a necessidade de autorização judicial, conforme o disposto no artigo 1.750, do CC.

Anteriormente foi feita menção quanto à vontade, e essa deve ser devidamente explicitada de maneira livre, sem que haja qualquer embaraço, de forma que estejam afastados o vício ou malícia. Ainda nesse sentido, a manifestação de vontade deve ocorrer de acordo com a boa-fé e à autonomia privada.

Caso haja qualquer fato circunstancial que afete a manifestação de vontade, caracteriza-se os defeitos do negócio jurídico, que são capazes de invalidar o contrato avençado entre as partes.

Por conseguinte, no que concerne à coisa, ou seja, o objeto da compra e venda, existe amplo espectro de possibilidades, vez que todo e qualquer bem jurídico, que possua valor econômico, pode figurar como objeto do negócio jurídico. Distingue-se que obrigatoriamente o objeto do contratado deverá ser um bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, tendo existência material ou imaterial, vez que

caso se trate de venda de serviços passa a ser contrato de prestação de serviços ou contrato de empreitada, a depender do objeto.

Como objeto do contrato de compra e venda é possível que haja a coisa incerta (artigo 243, CC) e ainda a venda alternativa (artigo 252, CC). É possível que o objeto de trate de coisa litigiosa, no entanto, deverá ser claro ao adquirente de que esse deverá suportar os eventuais prejuízos pela perda da coisa. Sobre venda de coisa futura, vejamos o entendimento de Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, p. 1174):

(...) a venda de algo que ainda não pertence ao alienante. É possível entender como coisa futura aquela que não é de titularidade do alienante ao tempo da conclusão do negócio jurídico, mas que, posteriormente adquirida pelo alienante, empresta eficácia superveniente ao negócio, como se o adquirente de boa-fé se convertesse em proprietário desde a data da tradição (CC, art. 1.268, § 1º). É bastante usual a alienação de imóveis em construção.

Ante o exposto, a não aquisição da coisa pelo vendedor, dá causa a ineficácia do negócio jurídico celebrado.

Por fim, no que se refere ao preço, trata-se de elemento intrínseco ao contrato de compra e venda, vez que o alienante receber do comprador determinado valor para que seja realizada a transferência da coisa que é objeto do contrato em questão.

Há a indispensabilidade que o preço seja certo, determinado – ou determinável – e em moeda nacional. Em se tratando de contraprestação diversa de dinheiro, passa-se para o contrato de troca ou de permuta.

E trata de causa passível de anulação do negócio jurídico eventual cláusula que determine a obrigatoriedade do pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, de acordo com o previsto no artigo 315 e 318, do CC. Todavia, não há qualquer empecilho referente à validade do pagamento realizado por intermédio do cartão de crédito.

À vista disso, salienta-se que a indeterminação do preço é capaz de gerar nulidade absoluta ao contrato de compra e venda, de acordo com o disposto no artigo 489, do CC. Por sua vez, quando houver a imposição de valor mínimo para a oferta, não há qualquer ilegalidade.

Quanto ao preço, observa-se que há questões que merecem ser discutidas, vez que há a possibilidade de pactuar o preço por cotação (artigo 486, CC) e a transferência a um terceiro para que se dê a fixação do preço (artigo 485, CC).

Conclui-se que, de acordo com a relação de consumo, obrigatoriamente, o preço deve ser informado, de maneira clara e indiscutível.

4.3 Efeitos Jurídicos Decorrentes da Compra e Venda

Ressalta-se, nesta oportunidade, de que o contrato de compra e venda possui caráter meramente obrigacional, haja vista que os efeitos jurídicos decorrentes da compra e venda são o dever de pagar o preço pactuado para o comprador e por sua vez, para o vendedor, o de transferir a propriedade do objeto.

Há a possibilidade de que seja acordada a venda a crédito, situação na qual se impõe a entrega da coisa e, em seguida, obriga-se ao pagamento do preço. E ainda, a venda à vista, em que às prestações do vendedor e do comprador são interligadas e concomitantes.

A responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção se trata de um efeito jurídico, no qual há uma espécie de obrigação de garantia legal, independentemente de eventual estipulação expressa dos interessados.

Pode-se elencar a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa adquirida, de maneira que caso essa ocorra sem culpa, entrará como responsabilidade do titular, ou seja do vendedor. Em resumo, de acordo com Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, p. 1175):

(...) enquanto o bem vendido não for entregue ao comprador, o vendedor suporta a perda ou a deterioração, não culposas, por ainda ser o titular. Se já houve a transferência, a responsabilidade se desloca para o comprador, que é o seu proprietário.

À vista disso, entende-se que a tradição se trata de uma divisão na responsabilidade pela perda ou pela deterioração, sem que ocorra culpa das partes, salvo disposição contratual em contrário. A título de esclarecimento, caso alguma das partes concorra para a culpa, essa responderá por seus atos.

Versando sobre bens que não recebidos mediante pesagem, contagem ou medida, compreende-se que no momento em que esses forem postos a serviço do adquirente, transferem-se os riscos pelo fortuito.

Ainda relacionado à questão ora abordada, verifica-se que quando há previsão de local diverso, preceitua o artigo 494, do Código Civil que se houve a expedição por ordem do comprador, por sua conta correção os riscos, uma vez que seja realizada a entrega a quem há de transportá-la. Ressalta-se que apenas em casos em que o alienante não respeitas a disposições contratuais realizadas é que passará a ser desse a responsabilidade.

Cabe explicitar quanto a responsabilidade do transportador, vez que essa encontra-se disposta nos artigos 743 a 756, do Estatuto Civil.

Por fim, menciona-se à responsabilidade pelas despesas, como por exemplo àquelas com a tradição do bem e o seu registro em cartório. O Código Civil dispõe com transparência de que o comprador será o responsável pelas despesas de escritura e registro e o vendedor com as da tradição. É autorizado às partes que estabeleçam, de comum acordo, seus interesses particulares referente ao caso.

5 SITUAÇÕES E CLÁUSULAS ESPECIAIS DE COMPRA E VENDA

A realização do contrato de compra e venda um ato realizado por vontade, sendo possível que haja a aplicação da autonomia privada, para ambos os contratantes. Dessa forma, é possível que no momento da celebração do contrato, em situações específicas, permita-se a sua realização, sem que sejam excluídas às regras gerais.

Em análise às situações especiais vejamos a venda por amostras, que se encontra amparada pelo artigo 484, do CC. Conclui-se que é de responsabilidade do alienante garantir a qualidade real do objeto correspondente às amostras, aos protótipos ou aos modelos. Vejamos jurisprudência nesse sentido:

Venda mediante amostra. Chocolate. Se o vendedor não entregar o objeto vendido, mediante amostra, em perfeita correspondência com esta, o comprador terá o direito de recusá-lo (...) Caso em que a prova carreada nos autos dá conta da qualidade diferente e inferior dos chocolates em comparação com amostragem anterior (TJ/RS, AC 17ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70004236436 – Comarca de Caxias do Sul, RI. Desa. Elaine Harzheim Macedo, j. 6.8.2002)

Posterior situação especial faz referência ao negócio jurídico é a venda *ad corpus* – referência meramente enunciativa –, e a venda *ad mensuram* – medida por extensão –. Em se tratando da venda *ad mensuram*, o alienante deverá especificar a medida de extensão do bem alienado. Em casos em que a medida for inferior àquela acordada na realização do contrato, poderá o adquirente exigir a complementação

da área a fim de que se obtenha a diferença entre o acordado contratualmente o que foi entregue.

Quanto à venda *ad corpus*, haverá a negociação como um todo, independentemente das medidas específicas, o que se encontra disposto no artigo 500, do CC.

Prosseguindo, passando para as cláusulas especiais, verifica-se que essas possuem natureza acessória e que são utilizadas pelas partes para atender a interesses específicos, sem que haja qualquer prejuízo à regulamentação do negócio. É imprescindível que haja a manifestação expressa das partes, não se presumindo ou admitindo que haja qualquer interpretação ampliativa.

6 A RELEVÂNCIA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA NA ALÇADA INTERNACIONAL

Observa-se que há na doutrina controvérsia conceitual, que se encontra refletida nas normas do direito nacional e estrangeiro. Para alguns estudiosos do direito, a espécie contratual é enfatizada na ação de venda – contrato de venda e compra –, todavia alguns invertem as palavras, utilizando como compra e venda.

Por sua vez, o direito italiano prioriza a ação de venda, seguindo o entendimento utilizado no direito francês. De outra forma, compreende-se os alemães, que preferem salientar a compra, assim como os venezuelanos.

Junto à questão histórica e internacional verifica-se que o Código Civil alemão, trata o contrato como uma espécie de negócio jurídico que por si só não transfere a propriedade.

Conclui-se que o contrato com predominância da autonomia da vontade, de maneira que há às partes a possibilidade de discutirem livremente as suas condições em situação de igualdade, são provenientes aos conceitos elucidados sobre contratos nos Códigos francês e alemão.

O sistema francês atribui caráter real ao contrato, de maneira que esse, por si só, transfere o domínio da coisa ao comprador. Verifica-se que o sistema francês afastou a tradição romana, vez que essa apresentava o contrato como um vínculo obrigacional, no qual havia a transferência do domínio da coisa vendida.

Já o sistema alemão é voltado para a concepção romana, na qual o contrato gera, para o vendedor uma obrigação de dar, de entregar a coisa vendida e que somente dessa forma se dá a transferência do domínio.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o decorrer do presente trabalho se pode observar que a realização de contratos de compra e venda se encontram presentes em nossa sociedade há inúmeros anos e que é essencial para o desenvolvimento da sociedade contemporânea. É certo que no decorrer de nossa vida realizamos inúmeros contratos de compra e venda, mesmo que esses não venham a ser redigidos.

Pode-se definir contrato de compra e venda para que haja o entendimento facilitado, até mesmo para àqueles que desconhecem questões jurídicas, como um simples negócio jurídico em que se pretende a aquisição da propriedade de determinada coisa, mediante o pagamento de um preço acordado entre os interessados para a avença.

Todos os pressupostos necessários para a realização de um contrato de compra e venda sem eventuais nulidades encontram-se dispostos no Código Civil de 2002. Todavia, faz-se necessário observarmos questão sociais para que sempre seja buscado a igualdade e transparência na realização desses.

REFERÊNCIAS

FARIAS, C. C. de; BRAGA NETTO, F.; ROSENVALD, N. **Manual de Direito Civil**: volume único. 2ª ed. rev, atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodvm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS EM RELAÇÃO AO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE

ISABELLA FUJIOKA MANDELLI:
graduanda em Direito pela Instituição de Ensino Superior: Universidade Brasil – Campus Fernandópolis.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN.

(orientador)

RESUMO: Com o intento de dialogar e trazer reflexões a respeito das implicações jurídicas sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), o presente artigo expõe a trajetória e a problemática do Brasil em busca de melhores condições de saúde acessível a todos, até chegar à conquista da Constituição Federal no ano de 1988 que resultou no advento das políticas públicas de saúde: o SUS. Apesar disso, durante os mais de 30 anos de existência, o sistema apresentou falhas e dificuldades que o ameaçam; tais dilemas foram retratados no curso do artigo na procura de um deslinde. Conclui que a maior ameaça do SUS vem daquele que possui a obrigação de manter o serviço adequado, o Poder Público.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Constituição Federal. Saúde Pública.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 1 2 INÍCIO HISTÓRICO DA SAÚDE BRASILEIRA 3 2.1 A Conquista da Constituição Federal em 1988 e Novidades no Âmbito da Saúde 3 3 ACESSO À SAÚDE ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 4 4 SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGO 196 a 200) – DIREITO À SAÚDE 5 5 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS RELATIVAS AO FINANCIAMENTO DO SUS 8 5.1 Como São Utilizados os Recursos Financeiros 8 6 ACOMPANHAMENTO DAS VERBAS 10 6.1 SIOPS (Sistema de Informações Sobre Orçamento Público em Saúde) 10 7 IMPORTÂNCIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 11 8 PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO SUS 12 8.1 Falta de Médicos 12 8.2 Atendimento Desumano 13 8.3 Falta de Recursos 13 9 SOLUÇÕES APRESENTADAS 13 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS 14 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o conceito elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1947, a saúde é um *“estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”*. Dito isto, a Constituição Federal garante que: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado”* (Art. 196, CF). No âmbito jurídico, político e socioeconômico, devemos dar ênfase ao dever do Estado em assegurar o bem estar de sua população. Os problemas de salubridade

no século atual estão arraigados na nossa cultura, visto que esta situação vem nos acompanhando desde a colonização que ocorrera em 1500. O descaso com a classe menos favorecida da sociedade nos acompanha desde essa época; apenas os ricos tinham o privilégio ao acesso à saúde de qualidade, reforçando ainda mais a distância entre as classes mais ricas das mais pobres, fortemente observado até os dias atuais, a famigerada desigualdade social.

A Constituição Federal de 1988 trouxe à população direitos e deveres individuais e coletivos, e assegurou que: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”* (Art. 5º, CF). Considerando esta afirmação; considerando a desigualdade social; considerando os problemas enfrentados na saúde pública do país, a Constituição, no objetivo de sanar essas falhas, criou políticas públicas para o acesso gratuito à saúde por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), inspirado no *National Health Service* do Reino Unido, criado em 17 de maio de 1988, na 267ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte.

O programa oferece procedimentos de média a alta complexidade, como por exemplo, transplante de órgãos; o programa pode ser utilizado por todos os brasileiros, inclusive estrangeiros, sem nenhuma distinção; o programa atende mais de 190 milhões de pessoas, sendo 80% delas totalmente dependentes dele, onde o desemprego no Brasil atinge 12,8 milhões de pessoas de acordo com a pesquisa realizada no 2º trimestre de 2020 pelo IBGE. Um programa com grande potencial e um exemplo de humanidade a ser seguido por outros países, se não fosse a má gestão, falta de recursos e auxílio, possuindo falhas no atendimento e sofrendo críticas da sociedade, que com razão, tem o direito de reivindicar o direito que a elas fora concedido.

A motivação para essa pesquisa deu-se após a campanha “Defenda o SUS” nas redes de mídias sociais, com o objetivo de levar conhecimento popular em pequenos *posts* na internet sobre a importância deste sistema, o que gerou uma curiosidade sobre a sistemática e legislação por trás desse programa. O presente artigo científico tem como objetivo aprofundar este estudo, elucidando de forma simples e didática a organização do SUS e seu liame jurídico, mais precisamente a Constituição brasileira, promovendo também reflexões sobre os deveres do Estado, para que mais pessoas tenham conhecimento de seus direitos prometidos para reivindicá-los e até mesmo protegê-los. E para o deslinde da problemática, utilizar-se-á o método qualitativo e bibliográfico sobre as Implicações Jurídicas em Relação ao Sistema Público de Saúde.

2 INÍCIO HISTÓRICO DA SAÚDE BRASILEIRA

Pode-se dizer que o início da saúde pública brasileira se deu há 500 anos com a chegada dos colonizadores portugueses ao Brasil. É evidente que os povos indígenas já padeciam de enfermidades, mas as doenças trazidas da Europa como a varíola, febre amarela, sarampo e até mesmo a gripe, agravaram ainda mais os problemas, infectando a população nativa. Com a chegada da família real, chegaram também as universidades, dentre elas o curso de medicina.

Pouco se fez pela saúde pública durante os mais de 300 anos de colonização. O acesso à tratamentos eram possíveis apenas aos nobres e colonos brancos com poderes aquisitivos; estes tinham acesso fácil a médicos e remédios. Por outro lado, os pobres e escravos eram os primeiros a falecerem. Realidade ainda bem próxima dos dias atuais.

A saúde e a falta de saneamento sempre foi um problema no Brasil, tamanha a intensidade que resultou no fim do Império; o Brasil conquistou a fama de um país insalubre e viver aqui era um risco. Em 1889, a República trazia esperanças de avanços, mas ainda em 1900 até 1920 o país continuava enfrentando os problemas sanitários e nenhum avanço foi conquistado. Deu-se por consequência a morte de 300 mil brasileiros devido à Gripe Espanhola, que paralisou o país.

O país continuava doente, e um povo doente não produz nada ao Estado. Com interesses políticos e econômicos, os sanitaristas movimentaram ações para tornarem obrigatória a vacinação contra a varíola. No período dos anos 20, foi criada a Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAPs) para garantir proteção na velhice e na doença dos trabalhadores, que mais tarde passou a ser um Instituto de Aposentadoria e Pensões (IAPs), abrangendo mais categorias profissionais. Neste período deu-se início também ao processo de criação do Ministério da Saúde, promulgada apenas em 1953, no período Getulista. Contudo, as verbas destinadas à saúde eram desviadas para financiar a industrialização do país, e mais uma vez, o atendimento não chegava a todos.

2.1 A Conquista da Constituição Federal em 1988 e Novidades no Âmbito da Saúde

Os professores Vicent Paulo e Marcelo Alexandre conceituam que: *“Estado é uma organização de um povo sobre um território determinado, dotada de soberania”*. Em suma, todo Estado tem uma Constituição, que em um sentido amplo nada mais é que uma forma de organização do Estado.

Denomina-se constitucionalismo o movimento político, jurídico e ideológico que concebeu ou aperfeiçoou a ideia de estruturação racional do Estado e de

limitação do exercício de seu poder, concretizada pela elaboração de um documento escrito destinado a representar sua lei fundamental e suprema.

Pois bem, no dia 5 de outubro de 1988, o Brasil recebia sua nova Constituição - a 7ª desde a sua independência. Promulgada após o regime militar, a nova constituição foi um marco para a redemocratização do país e para os direitos civis dos cidadãos brasileiros, por garantir liberdades e deveres do Estado. Os direitos humanos são fortemente encontrados no texto. Pela primeira vez os quilombolas e indígenas foram reconhecidos como parte integrante da nossa cultura, e foi lhes concedido direitos. O extenso artigo 5º da Constituição Federal elenca os principais direitos fundamentais dos indivíduos e, ainda no artigo 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dentre eles: "*[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*". Uma enorme conquista do povo brasileiro após enfrentar 21 anos de repressão militar.

A constituição trouxe novidades na busca de soluções para melhoria da saúde pública com o advento dos artigos 196 a 200, tratando-se do direito à saúde e a criação do Sistema Único de Saúde. O artigo 196 revela que: A saúde é direito de todos e dever do Estado, e complementa que deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Atualmente, com 32 anos, o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece ao cidadão brasileiro atendimento integral, universal e gratuito a serviços de saúde. Considerado um dos maiores sistemas públicos de saúde no mundo, o SUS beneficia cerca de 180 milhões de brasileiros, no entanto, ainda sofre com desafios ligados à gestão do sistema e no subfinanciamento (recursos).

3 ACESSO À SAÚDE ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes do SUS, o acesso à saúde era para poucos. Até 1988, os atendimentos médicos ficavam a cargo do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) - criado em 1977 com o desmembramento do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), atual autarquia federal INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) - contudo, o sistema público atendia apenas quem trabalhava em empregos formais, sendo assim, contribuintes da Previdência Social.

As pessoas que trabalhavam com "carteira assinada" sofriam um desconto em seus salários fazendo com que elas tivessem direito à atendimentos em hospitais do Inamps e aos conveniados. Com isso, podemos imaginar a desigualdade de acesso à saúde em regiões mais pobres do país, levando em consideração a alta taxa de

desemprego e o mínimo de pessoas que trabalhavam com carteira assinada. Estas pessoas (a maioria, diga-se de passagem) não tinham proteção do governo, sobrevivendo assim de caridade e filantropia; do restante, apenas uma pequena parcela da população pagava do próprio bolso as consultas, exames e cirurgias.

Segundo o médico e sanitarista Hêider Aurélio Pinto, a política de saúde exclusiva para os trabalhadores não passava de uma manobra econômica, pois ela foi criada após uma pressão das indústrias para que seus trabalhadores não perdessem dias de trabalho quando doentes e pudessem retornar ao trabalho o mais rápido possível, não levando em consideração (implicitamente) o bem-estar do cidadão.

O Inamps perdurou por 16 anos e foi extinto pela Lei Federal 8.689 em 1993. Os escândalos de corrupção e fraudes no sistema tiveram papel fundamental para sua extinção, mas o seu declínio deu-se mesmo no final dos anos 80 a partir da pressão de movimentos para uma reforma sanitária no Brasil, visto que o número expressivo de pessoas que não possuíam carteira de trabalho pagava impostos e ainda sim eram desprezados pelo Estado.

4 SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGO 196 a 200) – DIREITO À SAÚDE

De maneira inédita, a constituição de 88 apresentou em seu artigo 6º, os seguintes direitos sociais: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]”. Dentre elas, destaca-se a matéria do presente artigo: o direito à saúde. Com base nisso, passemos à Seção II da Constituição que versa sobre a saúde nos artigos 196 a 200, tendo esta como base para a criação do Sistema Único de Saúde.

A seção II da Constituição que diz respeito à saúde, inicia-se com o art. 196, que diz: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

O SUS, regulado pela Lei no 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, aduz 3 (três) princípios doutrinários: Princípio da Universalização, Princípio da Equidade e Princípio da Integralidade. O artigo 196 fundamenta-se no princípio da universalização, que se apresenta como garantidor do acesso à saúde as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características pessoais e sociais. Partindo dessa concepção, podemos afirmar que o SUS possui atendimento igualitário? A resposta é: Não. De acordo com o princípio da equidade - que se propõe a diminuir as desigualdades - apesar das pessoas possuírem direito ao

serviço, elas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Essas iniquidades levam a desigualdades no acesso, na gestão e na produção de serviços de saúde, portanto, esse princípio visa investir onde a iniquidade é maior.

A constituição federal, ao assegurar o direito a todos, não se restringe apenas aos cidadãos brasileiros; ela atribui este direito a qualquer ser humano sem nenhuma distinção, podendo, inclusive, pessoas provenientes de outros países, desfrutar do serviço público de saúde. O turista estrangeiro que após sentir mal-estar e for socorrido e levado para uma Unidade de Pronto Atendimento (UPA) de SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência), estará desfrutando do nosso sistema público de saúde oferecido pelo SUS.

Tratando-se da competência de fiscalizar os serviços públicos de saúde, o art. 197 prevê: *“São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”*.

Ao afirmar de forma genérica que as ações e serviços de saúde são de interesse público, não especificando qual o tipo, pressupõe-se então a menção do serviço privado também. Sendo assim, o artigo supracitado confere ao Estado o poder de fiscalizar e controlar quaisquer serviços de saúde, inclusive o sistema privado.

O artigo seguinte, o 198, discorre sobre as 3 (três) diretrizes do Sistema Único de Saúde, observando os 3 (três) Princípios Organizacionais, sendo elas: o Princípio da Regionalização e Hierarquização, Princípio da Descentralização e Princípio da Participação popular. Confirmando isso, temos a redação do artigo:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Descentralizar é redistribuir poder e responsabilidade entre os três níveis de governo. Com relação à saúde, a descentralização objetiva prestar serviços com

maior qualidade e garantir o controle e a fiscalização por parte dos cidadãos. Partindo desse pressuposto, o dever do Estado, retomando o artigo 196, ramifica-se em União, Estados e Municípios, o qual possuem gestão própria, ou seja, cada esfera de governo possui um órgão gestor do SUS. A gestão do SUS na esfera federal fica a cargo do Ministério da Saúde; quanto aos Estados, a Secretária Estadual de Saúde é a responsável pela administração do SUS; e aos Municípios é incumbido à Secretária Municipal de Saúde a direção do sistema.

O inciso II relaciona-se também com o artigo 196 na seguinte frase: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença [...]”. Isso quer dizer que o foco principal do SUS é a prevenção de doenças por meio de iniciativas do governo tal como campanhas de conscientização, a título de exemplo temos as campanhas de vacinação.

Sobre os serviços privados de saúde, o art. 199 dispõe: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

A constituição federal permite o exercício de atividades privadas que objetivam obter lucros com a saúde. Sendo assim, é permitida a abertura de clínicas particulares, *home care*, hospitais particulares e assim por diante. Fato é que, essas instituições privadas podem participar do SUS de forma complementar por meio de contrato ou convênio.

Importante destacar que é vedado a destinação de recursos financeiros e auxílio (emprestar médicos, aparelhos, medicamentos e afins) a essas entidades privadas. Somente é admissível essas destinações às instituições filantrópicas e sem fins lucrativos.

Ao final da Seção, encontra-se o artigo 200 que lista demais atribuições ao sistema único de saúde, sendo eles:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

5 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS RELATIVAS AO FINANCIAMENTO DO SUS

O ato de financiar significa fornecer dinheiro para a realização de certa atividade. Tratando-se do financiamento do SUS, é fundamental entendermos que esse custeio é proveniente de todas as ações tributárias do cidadão que inclui impostos e contribuições pagos pelo brasileiro ao Estado, como por exemplo, IPVA, IPTU e contribuições à seguridade social. Essa arrecadação irá compor todo o orçamento da união. Com a promulgação da constituição de 1988 e das leis 8.080 e 8.142 (que são as leis orgânicas da saúde de 1990), foram definidos os critérios de distribuição de recursos de cada região, fixando como aconteceria o repasse de verbas e investimentos de cada esfera, portanto, não foi estabelecido nenhum tipo de padrão quantitativo.

Foi necessária a criação da emenda constitucional nº 29/200 para estabelecer percentuais que cada esfera deveria contribuir, juntamente com a lei complementar 141/2012, que definiram os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela união, estados e municípios em ações e serviços públicos de saúde, onde o município contribuiria com 15% de toda a sua arrecadação em impostos; o estado 12% e a união, por sua vez contribuiria empregando seu valor investido em saúde do ano anterior acrescido do percentual da avaliação do PIB.

5.1 Como São Utilizados os Recursos Financeiros

Como dito anteriormente, os repasses de verbas ocorrem entre a União, Estados e Municípios. Tais recursos irão para os fundos nacionais, estaduais e

municipais de saúde. Em 2017, foi lançada a portaria nº 3.992 que definiu o novo modelo de financiamento do SUS que passa a organizar os repasses federais em dois blocos, sendo eles: o bloco de custeio das ações e serviços públicos de saúde e o bloco de investimento na rede de serviços públicos de saúde

O bloco de custeio das ações e serviços públicos de saúde é composto pela atenção básica, média e alta complexidade, assistência farmacêutica, vigilância em saúde e gestão do SUS. Neste bloco, o estado e município recebem em conta única os recursos federais vindos do FNS (fundo nacional de saúde).

A atenção primária ou primária à saúde é denominada "porta de entrada" para os usuários do sistema de saúde. Ou seja, este é o serviço inicial. Seu objetivo é orientar na prevenção de doenças, resolver possíveis casos de lesões e orientar o atendimento mais sério desde os aspectos mais complexos. Portanto, a atenção básica atua como um filtro, organizando o fluxo dos serviços na rede de saúde dos mais simples aos mais complexos.

A assistência médica complexa é formada por serviços especializados em nível ambulatorial e hospitalar tem densidade técnica média entre a atenção médica primária e terciária, e historicamente tem sido interpretada como um procedimento de média complexidade. Este nível inclui serviços médicos profissionais, suporte para diagnóstico e tratamento e atendimento de emergência e urgência.

Alta complexidade especifica métodos e procedimentos de tratamento altamente especializados. Também organiza procedimentos de alta tecnologia e/ou de alto custo, como oncologia, cardiologia, oftalmologia, transplante, parto de alto risco, ortopedia, neurocirurgia, diálise (para pacientes com doença renal crônica), otologia (usado para tratar doenças no aparelho auditivo). Além de fornecer medicamentos especiais (como próteses ósseas, marcapassos, *stents* cardíacos, etc.), os procedimentos ambulatoriais de alta complexidade também incluem quimioterapia, radioterapia, hemoterapia, ressonância magnética e medicina nuclear.

Já a Assistência Farmacêutica tem como função formular políticas, diretrizes e metas para as áreas e temas estratégicos necessários à implementação da "Política Nacional de Saúde", principalmente na regulação, controle e distribuição dos medicamentos disponibilizados pelo SUS.

A vigilância sanitária é responsável por monitorar, prevenir e controlar doenças infecciosas, monitorar doenças crônicas não transmissíveis, fatores de risco para o desenvolvimento ambiental e da saúde do trabalhador e analisar o estado de saúde da população brasileira.

No bloco de investimento na rede de serviços públicos de saúde, os recursos financeiros são destinados para aquisição de equipamentos, obras de construção novas, obras de reforma ou adequações de imóveis já existentes utilizados para realização de ações e serviços públicos de saúde.

6 ACOMPANHAMENTO DAS VERBAS

Para garantir o acesso às informações sobre o financiamento do SUS, foi criado o Sistema de Informação do Orçamento Público em Saúde (SIOPS), ferramenta de monitoramento do cumprimento dos dispositivos constitucionais que determinam o investimento mínimo de recursos no orçamento. Ações e Serviços de Saúde Pública (ASPS). No SIOPS, gestores da liga, governos estaduais e municipais anunciaram dados sobre gastos com saúde pública.

6.1 SIOPS (Sistema de Informações Sobre Orçamento Público em Saúde)

O sistema de informações sobre orçamento público em saúde tem como objetivo coletar, recuperar, processar, armazenar, organizar e disponibilizar dados e informações sobre receitas totais e despesas com ações e serviços públicos de saúde, para possibilitar o monitoramento da aplicação de recursos pelos entes da Federação.

Para maior compreensão sobre o método deste sistema, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) explica:

O banco de dados do SIOPS é alimentado pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, por meio do preenchimento de dados, que tem por objetivo apurar as receitas totais e os gastos em ações e serviços públicos de saúde. O preenchimento de dados do SIOPS tem natureza declaratória e busca manter compatibilidade com as informações contábeis geradas e mantidas pela União, pelos estados e municípios, em conformidade com a codificação de classificação de receitas e despesas, definida em portarias pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN)/Ministério da Fazenda (MF). Os dados da União, estados e municípios são coletados mediante aplicativo de auto-preenchimento fornecido pelo Ministério da Saúde, online, para informação sobre a execução bimestral. O módulo de coleta de dados inclui série de filtros, alertas e mecanismos de controle da qualidade da informação prestada. As informações coletadas pelo SIOPS são provenientes do setor responsável pela contabilidade do ente federado, podendo-se utilizar deste sistema para o

preenchimento dos dados contábeis ou informações dos relatórios e demonstrativos de execução orçamentária e financeira dos governos federal, estadual e municipal. Tais informações são inseridas no sistema e transmitidas eletronicamente, pela internet, para o banco de dados do DATASUS, do Ministério da Saúde, gerando indicadores, de forma automática, a partir das informações declaradas pelos entes federados.

7 IMPORTÂNCIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As garantias fundamentais do cidadão, a qual a constituição é fundamentada, inaugura nossa Lei Maior Brasileira, na qual a dignidade da pessoa humana está inserida no inciso III, sendo esta garantia demasiadamente ligada ao direito à vida. De acordo com o parágrafo 1º, incumbe à união, Estados, Municípios e Distrito Federal promover tais garantias, logo, é obrigação do Estado oferecer meios suficientes que o ser humano precisa para sobreviver. Em suma, o princípio da dignidade humana visa garantir o mínimo existencial às pessoas para que elas possam fruir de uma vida plena e saudável.

Nesse diapasão de promoção social mínima, está o Direito à Saúde, encontrado no rol dos Direitos Fundamentais, o qual este direito é inderrogável, irrenunciável e indisponível, portanto, esses atributos não podem ser extintos por lei, tampouco abdicado pela própria pessoa.

Em meados de 1970, a população, juntamente da participação de médicos e profissionais da área preocupados com a saúde pública, formulou teses e integraram discussões políticas que deu início ao movimento da Reforma Sanitária a fim de promover mudanças e transformações necessárias à saúde. As propostas da Reforma Sanitária deram-se por consequência na universalidade do direito à saúde, oficializada em 1988 com a promulgação da Constituição Federal Brasileira e na criação do Sistema Único de Saúde, que garante ao cidadão acesso aos mecanismos básicos da saúde, promovendo assim o Estado Social.

Sendo assim, não se pode ignorar o fato de que o SUS representa a consubstanciação e a materialização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana prevista na Constituição e a manutenção do mínimo existencial promovido pelo Estado. Importante salientar que, o sistema não promove apenas serviços voltados à tratamentos e atendimentos, como as UBS (Unidade Básica de Saúde) ou UPA (Unidade de Pronto Atendimento), o SUS oferece também vigilância sanitária, através da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que é

responsável pelo controle de qualidade higiene de alimentos, cosméticos, produtos de limpeza, vacinas, transplantes, cigarros e medicamentos no Brasil.

Contamos também com a vigilância epidemiológica, responsável pelo controle de epidemias e doenças no Brasil. No atual contexto de pandemia do Covid-19, os agentes epidemiológicos atuam na coleta e registro de novos casos da doença e estatísticas de óbitos. Tratando-se sobre saneamento básico, o SUS possui papel importante juntamente da FUNASA (Fundação Nacional de Saúde) que realiza construção de poços, redes de distribuição, estações de tratamento de água e reservatórios, além de programas de destinação de lixo para evitar o contágio de doenças nesses locais. Dentre outros serviços, como Banco de Leite Humano, Controle de Tabagismo e distribuição de medicamentos de alto custo.

8 PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO SUS

Após toda a façanha conquistada pelo cidadão ao direito à uma saúde digna, o texto da constituição que regula o atendimento público de saúde é deveras encantador, no entanto, é de conhecimento popular – e motivo de muita indignação em virtude de o sistema ser mantido às custas do dinheiro da população que não recebem os serviços hospitalares de forma satisfatória – que na prática o sistema deixa muito a desejar em diversos aspectos. O atendimento do SUS enfrenta por diversas dificuldades como a falta de recursos, desumanização no atendimento, falta de leitos, profissionais desqualificados e a falta de médicos graças à má distribuição destes profissionais, contradizendo o conceito de acesso à saúde a todos sem distinção.

8.1 Falta de Médicos

Em 2017, após participar de uma audiência pública na Comissão de Assuntos Sociais (CAS), o ministro e presidente do Tribunal de Contas da União (TCU), Raimundo Carreiro, afirmou que o principal problema do SUS é a falta de médicos. Segundo o TCU, em 2013 a taxa de médicos re-gistrados por dez mil habitantes nas capitais era de 42,2, contra 19,5 no restante do país. Em 2017, segundo pesquisa realizada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) existe 1 médico para cada 470 habitantes. No entanto, nas regiões Norte e Nordeste, a quantidade é muito menor e chega, respectivamente, a 1 médico para cada 953,3 e 749,6 brasileiros.

De acordo com o TCU, a falta de médicos no norte do país se deve pela região apresentar estruturas precárias que desestimulam médicos e enfermeiros. O Secretário de Controle Externo da Saúde do órgão, Marcelo Chaves, afirmou: "*Um dos principais motivos para que um leito não esteja disponível para a população é a falta de profissionais, médicos, enfermeiros e técnicos*". Villander, vice-presidente da

Associação Nacional de Médicos Residentes (ANMR), justifica a falta de médicos: "*Porque os salários não são atrativos e a estrutura não é atrativa*"

Outro fator relevante é o longo tempo de espera. Uma pesquisa realizada pela Comissão de Saúde da Assembleia Legislativa de Mato Grosso (ALMT), baseado nos dados do Sistema Único de Saúde (SUS), referentes ao ano de 2019, aponta que o tempo médio para um paciente ser atendido na rede pública é de 493 dias, ou seja, mais de um ano e quatro meses.

8.2 Atendimento Desumano

A Pesquisa Nacional de Saúde do IBGE apontou que 10,6% da população adulta do Brasil (15,5 milhões de pessoas) é discriminada nas redes pública e privada de saúde. A maioria (53,9%) afirmou ter sido tratada com diferença por "falta de dinheiro", enquanto 52,5% foram discriminados pela "classe social". As vítimas de preconceito racial são pouco mais de 13%, as vítimas de religião ou crença são 8,1% e as vítimas de homofobia são 1,7%. Esse percentual poderia ser maior se parte da população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) não deixasse de buscar auxílio médico por medo de ser discriminada

8.3 Falta de Recursos

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), o orçamento federal em 2018 destinava apenas 3,6% das despesas com saúde. Esse percentual está bem abaixo da média mundial (11,7%). Essa proporção é inferior à média do continente africano (9,9%), Américas (13,6%) e Europa (13,2). O estudo também mostra que os gastos com saúde no Brasil são 4 a 7 vezes menores do que países com sistemas universais de saúde. Graças à Emenda Constitucional aprovada no final de 2016 que congela o crescimento de gastos públicos pelos próximos 20 anos, as chances do crescimento do percentual de repasses são desanimadoras.

9 SOLUÇÕES APRESENTADAS

Pode-se afirmar que a atenção primária é o nível mais importante e trata-se de uma porta de entrada do SUS. Constituída pelas UBS, a atenção primária promove diagnósticos, tratamentos, reabilitação e prevenção de doenças. Para fortalecer este nível, em 2019 o Governo Federal juntamente do Ministério da Saúde, sancionou, por meio de leis, a criação de programas para melhorar o acesso à atenção primária. Estas estratégias buscam reduzir o tempo de espera para atendimento em hospitais e UPA's.

A Lei nº 13.958/19, denominada de Médicos pelo Brasil, distribui 18 mil vagas pelo país, especialmente em regiões mais vulneráveis e carentes de médicos para

expandir o acesso da população à saúde. Outra estratégia relacionada é a Estratégia de Saúde da Família (ESF) que promove serviços às comunidades por meio das Unidades de Saúde da Família (USF), sendo eles consultas, exames, vacinas, radiografias e outros procedimentos. Estima-se que 80% dos problemas de saúde serão resolvidos na atenção primária sem a necessidade de intervenção das UPA's e hospitais.

Outra alternativa apresentada, também sancionada em 2019, foi o programa Previne Brasil, que garante 2 milhões a mais de recursos para o investimento da atenção primária nos municípios, beneficiando mais 50 milhões de brasileiros. O programa possui o lema "ganha mais quem cuida mais", pois, para receber os recursos, é necessário qualidade no atendimento e números de pessoas acompanhadas.

Em relação aos demais investimentos, foram beneficiados os SAMU's e as Unidades de Saúde da Família, no qual foi investido quase 200 milhões na renovação da frota e repassados aos municípios 401 milhões para informatização das USF's. O Programa Saúde na Hora também amplia os recursos para unidades que estenderem o horário de atendimento aos finais de semana, durante o almoço e a noite.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a Constituição Federal declare que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o Governo brasileiro não garantiu as condições para o desenvolvimento do SUS, concluindo-se que o sistema ainda não está consolidado e caminha à passos largos durante seus mais de 30 anos de existência. Diante do exposto, percebe-se a longa jornada do país em busca de melhores condições de saúde e mesmo após a fundação do SUS, o sistema de saúde ainda sofre dificuldades na gestão, falta de profissionalização, burocratização, entre tantos outros problemas.

O método alternativo a ser utilizado não está definido no âmbito da tecnologia, o que reitera o argumento de que o maior desafio do SUS é o desafio político. Além do mais, o serviço público deve ser adequado, ao teor do artigo 175, parágrafo único, inciso IV da CF, devendo o Estado estar a serviço da Constituição, e não o inverso. Portanto, além das ações que podem ser realizadas no âmbito cível, é preciso reconhecer a necessidade de atuação da sociedade na política, isso significa poder atuar junto aos órgãos executivos, legislativo, judiciário e no sistema hegemônico. Assim, as eleições apresentam uma grande oportunidade para os candidatos discutirem a despeito das soluções que cabem somente a eles transformar a situação do SUS.

A constituição prevê a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde, no entanto, nem sequer a população possui o conhecimento da

importância dos serviços que a elas estão sendo prestados. Além das forças políticas, é necessário também um trabalho de conscientização para levar informações à população, para que o direito de participação social seja exercido. Nesse ponto de vista, é imprescindível o diálogo em defesa do SUS constitucional e o SUS democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Antes do SUS, saúde era para poucos. **Em Discussão!** Brasília: Senado Federal, n. 19, p. 14-15, fev. 2014. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/@@images/arquivo_pdf/>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 15 set. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 de set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF, 28 de dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF, 13 de set. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis

n^{os} 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.. Brasília, DF, 13 de jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n^o 3.992, de 28 de dezembro de 2017. Altera a Portaria de Consolidação n^o 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços públicos de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF, 28 de dez. 2017. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt3992_28_12_2017.html>. Acesso em: 17 out. 2020.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde**: um contributo para a dogmática do direito a saúde. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 410p.

PAIM, Jairnilson Silva. Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, pág. 1723-1728, junho de 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018000601723&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13 out. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232018236.09172018>.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2019. 232p.

SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de et al . Os desafios atuais da luta pelo direito universal à saúde no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 24, n. 8, p. 2783-2792, Aug. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000802783&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 out. 2020.

TCU aponta que falta de médicos é principal problema do SUS. Senado Notícias, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/08/tcu-aponta-que-falta-de-medicos-e-principal-problema-do-sus>>. Acesso em: 21 out. 2020.

CONTRATOS ELETRÔNICOS E A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO EM TEMPOS DE PANDEMIA

CAIO AUGUSTO SILVA DOS REIS:
bacharelado em Direito na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão/ Unisulma

THIAGO VALE PESTANA^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente estudo se propõe a analisar as contratações virtuais e as formas de lidar com as consequências jurídicas contratuais da pandemia de Covid-19 no Brasil, bem como as medidas emergenciais afetam o Direito Civil e o Direito do Consumidor. Neste atual período de incertezas e de desequilíbrio contratual ao qual o consumidor se encontra em desamparo em virtude da mitigação do direito de arrependimento, observar se as medidas emergenciais são suficientes para amparar a população neste momento. A pesquisa promove uma discussão sobre a segurança do consumidor frente aos novos desafios oriundos das circunstâncias da Pandemia de Covid-19, apresentando conceitos por meio da pesquisa baseada em outros artigos, livros e revistas, finalizando com as considerações finais trazendo um entendimento acerca da problemática apresentada, bem como suas referências bibliográficas

Palavras-Chave: Contratações virtuais. Direito de arrependimento. Medidas emergenciais

ABSTRACT: This study aims to analyze virtual contracts and ways of dealing with the contractual legal consequences of the Covid-19 pandemic in Brazil, as well as emergency measures affecting civil law and consumer law. In this current period of uncertainty and contractual imbalance to which the consumer is at helpless due to the mitigation of the right to repent, observe whether the emergency measures are sufficient to support the population at this time. The research promotes a discussion on consumer safety in the face of new challenges arising from the circumstances of the Covid-19 Pandemic, presenting concepts through research based on other articles, books and magazines, ending with the final considerations bringing an understanding about the presented problem, as well as its bibliographic references.

Keywords: Virtual Contracts. Law of repentance. Emergency measures

Sumário: 1. Introdução. 2.Desenvolvimento: 2.1 Dos contratos e suas transformações decorrentes da tecnologia digital; 2.2 A internet e a virtualização dos contratos; 2.3

As relações de consumo via internet e a proteção do consumidor; 2.4 A responsabilidade por vícios redibitórios e fato do produto; 2.5 O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor. 3. Metodologia; 3.1 Tipo de pesquisa; 3.2 Instrumento de coleta de dados; 3.3 Análise de dados; 3.3.1 Resultados; 3.3.2 Discussão. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos de consumo efetuados por meio eletrônico têm crescido cada vez mais em meio a sociedade, não obstante com o advento da Pandemia tem criado novas problemáticas sobre o direito do consumidor ao qual se encontra em uma maior situação de perigo.

O presente trabalho visa a exposição acerca dos impactos do Covid-19 nas relações consumeristas principalmente nas relações efetuadas por meio eletrônico, e como a aplicação das normas emergenciais afetam o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil e analisar se estão sendo suficientes para auxiliar a população em meio a Pandemia.

Para isso, o trabalho apresentado faz do método bibliográfico se valendo do uso dos ensinamentos de vários doutrinadores do Direito Civil sobre o tema contratos, assim como consulta outras dissertações e fontes como eletrônicas como a internet, utilizando do método indutivo na abordagem de procedimento que se destaca na análise de algo específico para chegar a uma verdade.

Inicialmente tratando das transformações que ocorreram nos contratos em virtude da tecnologia digital, que facilitaram a contratação e tiraram a necessidade da personalidade na hora de firmar um contrato.

Em um segundo momento, analisa o direito ao arrependimento de contratações por meio eletrônico, e o seu afastamento em decorrência da Pandemia. Por fim, demonstra os impactos contratuais oriundos do período de Pandemia de Covid-19.

Tendo em evidência que em virtude da incerteza contratual derivada da Pandemia de Covid-19 o consumidor deve priorizar o diálogo como fonte primária para a resolução de eventuais celeumas do negócio jurídico.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Dos contratos e suas transformações do decorrentes da tecnologia digital

Neste tópico se apresenta a caracterização do contrato em relação aos negócios jurídicos com base nas ideias de Borges, Simão, Lobo, Bogo, Souza, Silva, e os efeitos que a internet e a virtualização dos acordo de vontade tem sobre o mesmo.

Borges (2018) compreende que a globalização fez com que contratos e consumidores tivessem que se adaptar as inovações tecnológicas, pois ficara cada vez mais fácil por não mais estar restringindo por horários ou locais específicos, nem mesmo exigindo a presença física de comprador e vendedor.

Acerca da conceituação dos contratos eletrônicos, Bogo (P 26 a 34, 2016) entende que contratos eletrônicos são aqueles em que a manifestação de vontade, oferta e aceitação ocorrem em digitais, e que quando versam sobre relações de consumo, são caracterizados como contrato eletrônico de consumo, ao qual possui várias características para seu correto entendimento. Tais como declaração de vontade, oferta e arrependimento.

“Concluindo, o contrato eletrônico precisa necessariamente ter a manifestação de vontade das partes ligadas ao ambiente virtual, não importando o meio no qual deu-se sua negociação, não importando seu objeto e ainda, não importando onde se dará sua execução. Nada mais é a permissão do meio virtual, da rede de internet de que as partes formalizem sua vontade dentro de um negócio jurídico.” SOUZA (P 29, 2017)

Souza (2017) Acredita que o meio em que se celebra é o pressuposto definidor de um contrato eletrônico, deste modo contratos que versem sobre tecnologia ou internet, não devem ser caracterizados como eletrônicos pois podem ser realizados por outros meios não eletrônicos. Por sua vez um contrato eletrônico não se identifica a partir do objeto abordado mas do meio que se utiliza para a realização do contrato, não sendo necessário que as fases preliminares sejam feitas por meio digital.

De acordo com Silva (2018) a natureza dos contratos eletrônicos não sofre profundas alterações em sua estrutura, pois somente certos elementos como oferta, aceitação, prova, lugar da celebração, receberam alterações devido ao meio de celebração do ato, qual seja, através da internet.

Mesmo que o contrato eletrônico se diferencie do tradicional, as regras previstas para este serão cabíveis e aplicadas para o eletrônico. Ao qual em sua natureza, reserva todas as demais premissas de um contrato tradicional só que realizados por via eletrônica, onde as partes possam manifestar suas vontades, sem a necessidade da presença física dos mesmos, tema que passara a ser discutido na seguinte seção.

2.2 A internet e a virtualização dos contratos

Neste tópico se apresenta como a internet afeta os contratos com base nas ideias de Lobo, que elenca que a grande maioria das contratações eletrônicas ocorre não entre pessoas mas entre pessoa e um algoritmo que representa um estabelecimento.

Ao analisar Lôbo (2018) percebe-se que a preocupação do autor em identificar que os contratos eletrônicos são realizados geralmente entre uma pessoa e um sistema informatizado por meio do qual o negócio é entabulado e gera que efeitos jurídicos com a dispensa da ação humana ao tempo que isso ocorre.

A segurança deste tipo de contrato ainda é permeada de incertezas, como a autenticidade das manifestações de vontade, que podem ser alteradas, propositalmente ou acidentalmente durante sua transmissão, ainda podendo ser negada por seus destinatários e emissores, ser visualizada por terceiros não autorizados e assim, nos termos apresentados por Lobo (2018) “desencadeando problemas quanto à execução destes contratos, devido a dúvidas sobre sua validade, declaração de vontade, sua formação entre outros”.

Nos contratos eletrônicos a responsabilidade contratual inescusável por parte da proprietária do sistema, posto estar vinculada a oferta ao público a que se destina, gerando nos termos do artigo 30 da Lei N° 8.078 sua obrigatoriedade desde o momento que é transmitida.

A contratação por meio eletrônico desconsidera fronteiras nacionais, razão pela qual se fomenta dúvida acerca de qual o direito aplicável aos contratos eletrônicos internacionais. Tal peculiaridade é responsável também pela desconstrução da territorialidade contratual pois as partes não mais carecem de deslocamento físico o que impacta significativamente nas relações de consumo, mas como os consumidores iram se defender nas relações contratuais digitais tema que passa a ser abordado no próximo tópico.

2.3 As relações de consumo via internet e a proteção do consumidor

Neste tópico são discutidas as ideias de Santos e Souza sobre a proteção do consumidor em ambiente virtual, suas vulnerabilidades e a maior possibilidade deste meio de causar insatisfação.

Segundo Santos (2017, p.22) o Código de Defesa do Consumidor (CDC) “foi concebido, enquanto modalidade interventiva indireta do Poder Público sobre o mercado, como meio de se assegurar maior proteção à parte mais vulnerável na relação de consumo”. Partindo dessa premissa não há dificuldade em se aplicar a

norma em comento às contratações por meio digital, posto que para tanto é irrelevante o meio (virtual ou presencial) pelo qual se estabelece, desde que a relação de consumo seja inequívoca.

“A comodidade trazida pelo comércio eletrônico não pode se sobrepôr, contudo, às preocupações sobre a forma de se conferir proteção ao consumidor. Sem prejuízo de novas reflexões exigidas pelas mudanças da dinâmica contratual, boa parte da discussão sobre a forma de se conferir proteção ao consumidor se insere num interminável e mais abrangente debate sobre a própria forma de atuação do Poder Público perante o mercado”. SANTOS (P 37, 2017)

Castro, Alves (2020) colocam que as relações de consumo são estabelecidas, pelo arranjo de fornecedor e consumidor em lados opostos com o objetivo iniciar uma relação consumerista, hodiernamente as relações comerciais são feitas em grande parte feitas por via virtual, devido a competitividade nos preços e facilidades de pagamento.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta as definições e equiparações de fornecedor e consumidor, estando estes presentes no art. 2 e art. 3 do aludido código.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com Santos (2017) e preciso haver uma distinção dos contratos eletrônicos que serão abrangidos pelo CDC e os que serão sustentados pela legislação civil sendo o seu principal definidor para essa separação o tipo de relação se fora feita entre empresários, E ao delimitar o uso e aplicação do CDC, a depender do meio usado para firmar o contrato, abre espaço para a utilização do direito de arrependimento elencado no artigo 49 do CDC.

Santos (2017) ressalta que uma contratação feita por via eletrônica tem maior potencial de gerar insatisfações para os consumidores, devidas ser uma compra menos refletida em virtude da não presença física do consumidor fator de grande impacto no momento da contratação. Souza (2016) salienta que hodiernamente o fenômeno do comércio eletrônico aumenta a insegurança do consumidor, em razão do distanciamento do produtor, o que torna este mais vulnerável.

Para Souza (2016) existem três principais tipos de vulnerabilidade que o consumidor está sujeito: a primeira se denomina vulnerabilidade técnica, que se evidencia quando o consumidor não tem conhecimento aprofundado sobre o bem adquirido e por isso pode ser enganado, a segunda e designada de vulnerabilidade jurídica e que consistem em ausência do “dever de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em face da complexidade da relação contratual e seus vínculos cativos”. SOUZA (2016, P 32)

Há ainda a vulnerabilidade informacional que é aquela que esta ligada ao próprio papel do consumidor na relação contratual, hodiernamente recebendo maior atenção devido a facilidade de circulação de informação sobre produtos de consumo, como nos casos que envolvem responsabilidade por vício redibitórios e fatos do produto conforme se passa a discutir adiante.

2.4 A responsabilidade por vícios redibitórios e fato do produto

Neste tópico são discutidas as responsabilidades oriundas de vícios e fato do produto e como essas afetam a relação consumerista, através da visão de Barros, Silveira.

Para Barros (2019, P 133) “a prestação virtual é aquele dar ou aquele fazer que se realiza no ciberespaço.” Sendo a aquisição de um bem ou serviço intangível ao qual não possui vestígios corpóreos. O autor ainda elenca grupos de vício como mais

recorrentes nestes tipos de negócio, sendo o primeiro o vício da informação que ocorre quando esta não é fornecida e também nos casos de publicidade vaga, enganosa e abusiva

Segundo Barros (2019) a proteção que necessita ser dada a essa informação deve ser ampla e também precisa abranger a ideia de oferta e publicidade, devido ao alto poder vinculante ao qual a publicidade possui no e-commerce, tendo em vista que muitas vezes inexistente um contrato negocial para a informação de até onde vai a abrangência da propaganda e da oferta deste modo tendo que se levar em consideração qualquer mensagem comercial acerca do produto. Conforme Barros o segundo grupo de vícios são de produtos e serviços.

No entendimento de Silveira (2016, P 23) fica evidente a responsabilidade objetiva do fornecedor em conformidade ao artigo 12 do CDC, o qual firma que o fornecedor mesmo sem culpa, indenizará o consumidor quando o motivo do prejuízo estiver ligado aos vícios dos produtos ou serviços.

Em reforço o Código de Defesa do Consumidor no artigo 13 elenca de forma taxativa quando o comerciante poderá ser compelido a indenizar o consumidor, vez que de outra forma o comerciante assume responsabilidade subsidiária. Porém nas relações de consumo nas quais o consumidor não teve contato direto nem com o produto e nem com o vendedor, aquele pode se arrepender do negócio notadamente quando estabelecida de forma precipitada, tema este que será abordado no próximo tópico.

2.5 O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor

Para Araújo (2019) embora já existisse no Código Civil de 1916 o direito de arrependimento, fora somente após a promulgação em 1990 do Código de Defesa do Consumidor que este sofrera maior modificação assumindo contornos de superior proteção ao consumidor.

Deste modo conforme o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor durante o prazo de 7 dias o consumidor terá a faculdade de usufruir do produto ou devolvê-lo, sem qualquer justificativa, sendo de direito a restituição dos valores. Araújo (2019) também destaca que os elementos principais do direito de arrependimento são o decurso do prazo de reflexão e a não motivação, a realização da compra ter sido realizada fora do estabelecimento comercial e a restituição integral dos valores despendidos

“Quanto a aplicação e caracterização do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, muito se discutiu na doutrina, a saber se as tratativas realizadas por meio do comércio

eletrônico estavam abarcadas pela possibilidade de exercício do direito de arrependimento. Muito dessa discussão se deu pelo fato de que a época, e pela própria redação do artigo, não se pensava sobre a compra fora do domicílio por meio virtual”. ARAÚJO (p 19, 2019)

Reflete também o autor que mesmo após a vigência do decreto 7.962/13 não há uma concepção concreta se todos os produtos adquiridos por meio eletrônico são passíveis do exercício do direito de arrependimento. Deste modo as partes acabaram por intensificar o ajuizamento de ações para dirimir eventuais lides, cenário que importa em maior delimitação do tema, via processo legislativo, a fim de não só garantir maior segurança jurídica aos consumidores, como também aos fornecedores (ARAÚJO, 2019, p. 21).

Peruch (2017, p. 26) acredita que a literalidade do artigo 49 do CDC não exclui outros tipos de contratação à distância, também devido à evolução dos meios de comunicação que facilitaram a contratação e igualmente determinam que para caracterizar um contrato à distância basta que sejam firmados fora do estabelecimento comercial físico. Como o advento da pandemia provocada pela Covid-19 afetara os contratos de consumo, ocorreram mudanças quanto às leis que regem tais relações tema que será abordado nos próximos tópicos.

3 METODOLOGIA

3.1 Tipo de pesquisa

O método de pesquisa utilizado em relação aos objetivos fora a pesquisa exploratória ao visando apresentar mais informações sobre o tema, e permitir uma nova abordagem sobre o tema da pesquisa. Ao qual na pesquisa fora utilizada de pesquisa bibliográfica como procedimento que fora elaborada com base em material já publicado, visando colocar o leitor em contato com a matéria.

Tendo como principais leituras utilizadas artigos científicos, livros e a legislação vigente a época sendo os principais autores que contribuíram para a pesquisa Lôbo (2018), Silva (2018), Santos (2017), Quanto a abordagem utilizada no presente trabalho o método utilizado fora o indutivo. Tendo o presente trabalho se utilizado do método de procedimento monográfico.

3.2 Instrumento de coleta de dados

O presente estudo utilizou do método de instrumento de observação, em relação aos impactos da aplicação das leis emergenciais e como afetam o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil além de observar se estes estão sendo

eficazes para atender a população no estado de Pandemia, em especial aos contratos contraídos por meios eletrônicos.

Sendo o método instrumental deste projeto dividido em três fases.

Primeira fase delimitação do tema a ser observado: sendo este os impactos ao consumidor das leis emergenciais.

Segunda fase planejamento da observação: a forma como fora feita através de pesquisas bibliográfica.

Terceira fase registro: ao qual após a análise se transcreve o entendimento sobre o tema.

O presente trabalho foi desenvolvido com bases em pesquisas bibliográficas na internet, livros, artigos científicos, trabalhos de conclusão de curso e Legislação vigente.

3.3 Análise dos dados

O método de análise a ser utilizado neste trabalho e o qualitativo ao qual conforme Soares, Shitsuka (P67, 2018) e outros a pesquisa quantitativa se preocupa mais com o processo em relação ao produto final, e predomina em seus dados a descrição, importando para este mais a interpretação do autor do trabalho em relação ao conteúdo abordado.

3.3.1 Resultados

Para Flavio (P 1, 2020) o Covid-19 foi o causador de varias consequências imprevisíveis que acaba por de certa forma tornar certos contratos impraticáveis, deste modo criando empecilhos para o equilíbrio contratual, ao qual alega que a principal recomendação nestes casos seja a renegociação do mesmo e na impossibilidade de sua continuidade a extinção do contrato.

VALDERATO (P 311, 2020) "os efeitos da pandemia não deverão ser examina-dos de forma igualitária para todos os contratos. Será fundamen-tal examinar caso a caso, verificando os efeitos do fato superve-niente sobre os riscos incorridos por cada uma das partes."

Conforme Valderato (P 309 a 313, 2020) embora todos tenham sido atingidos pelos efeitos da pandemia, somente aqueles que de forma direta sofreram alteração em seus contratos, podem alterar o contrato em favor do principio do equilíbrio contratual, sendo assunto de debate na doutrina a aplicação da teoria da

onerosidade devido ao requisito de extrema vantagem, pois com o advento da pandemia muitas pessoas se viram obrigadas a contratos que passaram a serem ruinosos mas não extremamente.

Para Abelha (2020) o coronavírus não deve ser tratado genericamente como um caso fortuito ou força maior, ele coloca que a parte interessada deve comprovar que a pandemia gerou o fato, cujos efeitos são imutáveis e impossíveis de impedir e que por este fora impossível o cumprimento da prestação, sendo que Abelha coloca que um dos principais impactos da pandemia seria a impossibilidade definitiva e a frustração do fim do contrato.

ABELHA (P 5, 2020) “Por fatos decorrentes da Covid-19, a finalidade do contrato pode se frustrar antes mesmo do vencimento ,e a parte poderá pleitear a resolução sem culpa; ou mesmo depois do vencimento, o credor é obrigado a receber a prestação (entrega do parecer) cumprida pelo devedor após o prazo (sem mora!), desde que o fim do contrato esteja preservado (possibilidade de uso na arbitragem)”.

Abelha (2020) coloca que outro grande impacto da pandemia fora a impossibilidade temporária do cumprimento de contratos, ao qual ira depender da situação, pois se uma obrigação não pode ser cumprida no prazo, porem ainda pode ser feita, por ainda ser útil, o que a estava impedindo será meramente uma impossibilidade temporária.

BRASIL. Código Civil. 2002 “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

Conforme Abelha (2020) elenca como um terceiro impacto o desequilíbrio superveniente, ao qual seria uma alteração do contrato fruto de uma extrema vantagem para uma das partes obrigadas pelo *pacta sunt servanda*, além desta vantagem deve ser oriunda de fato posterior a criação do contrato ademais este fato deve ser extraordinário e imprevisível.

3.3.2 Discussão

A pandemia de Covid-19,, e com a necessidade de isolamento social um aumento da utilização de meios eletrônicos para se comunicar, ao qual além das mazelas físicas, trouxe também vários questionamentos e dificuldades na esfera jurídica. Desta forma aumentando a necessidade de proteção do consumidor e fornecedor, no direito do consumidor tendo como exemplo a lei N° 14.010 de 2020.

SAMPAIO (2020) "Com o objetivo de estabelecer um regramento minimamente uniforme de situações que sofreram forte impacto das medidas de contenção do avanço do coronavírus e evitar, assim, atuações oportunistas, muito comuns em tempos de crise".

Para Sampaio (2020) a Lei não altera as leis vigentes tendo em vista sua característica transitória, que pode suspender temporariamente alguns dispositivos legais. Nas relações de consumo coloca como importante o art. 8° da Lei N° 14.010.

BRASIL. Lei N° 14.010. 2020 . "Art. 8° Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos."

Segundo Sampaio (2020) são dois motivos para a limitação do direito de arrependimento previsto no Art. 49 do CDC, um sendo para evitar aglomerações e mitigar a propagação da Covid-19 e diminuir os riscos para fornecedores e consumidores, e o outro para criar um equilíbrio nas relações de consumo e atenuar a crise financeira decorrente da pandemia.

SAMPAIO (2020) Exatamente em razão do caráter protetivo do disposto no art. 49 do CDC é que o referido art. 8° suscitou debates e a limitação do direito de arrependimento não ficou indene de críticas. A principal delas, aponta que justamente quando o consumidor mais precisa da proteção do prazo de reflexão, na medida em que as entregas domiciliares se tornaram praticamente a única forma de acesso a bens em muitos casos, como mostraram os dados expostos anteriormente, não seria justificável a flexibilização desta garantia e sim o seu reforço.

Para Sampaio (2020) as medidas previstas na Lei 14.010/20 no que tange o direito do consumidor são adequadas para o atual cenário apresentado, pois o

direito deve ser estável para assim poder evitar a supressão de direitos importantes e oportunismos exacerbados.

Para Mucelin e D'Aquino (p 4, 2020) o consumidor se encontra em vulnerabilidade tanto em termos médicos quanto jurídicos, pois este se submete a qualquer preço proposto em decorrência do medo e desconhecimento.

MUCELIN E D'AQUINO (P 4, 2020) Observe, nesse sentido, a diminuição do discernimento dos indivíduos em relação aos preços praticados, já que, em uma situação de necessidade por tais itens, o consumidor se submete ao preço cobrado com as mais altas variações, especialmente quando produtos e serviços dizem respeito à saúde.

Mucelin e D'Aquino (p 7, 2020) entendem que é abusivo o preço que sem causa se aproveita das circunstâncias anormais, como a que se apresenta na pandemia de Covid-19 e eleva os preços sem relação a aumento do custo da atividade produtora do mesmo, assim se aproveitando da situação de outrem indo em contrariedade ao Art 4º do Código de Defesa do Consumidor. Mucelin e D'Aquino (p 13, 2020) o aumento injustificado dos preços para obter lucro imediato gera um grande prejuízo para a sociedade, prejuízo este suficiente para ser caracterizado como criminoso.

Para Santos, Gallo, Diniz, (P 67, 2020) para se caracterizar força maior ou onerosidade excessiva em um contrato em relação a pandemia, esta deve estar diretamente relacionada ao evento extraordinário, impossibilidade ou extrema dificuldade na prestação da obrigação contratual, ainda devendo ser o colocado em destaque o objeto do contrato em detrimento das condições pessoais do contratante.

Conforme Santos, Gallo, Diniz,(p 81, 2020) deve-se observar o caso concreto, pois não existe uma forma concreta de aplicação dos institutos, também devendo as partes envolvidas neste tipo de querela optar pela preservação do contrato, evitando a extinção do mesmo, sendo o ideal que ao reformular estes contratos se tenha em atenção o equilíbrio contratual e a boa-fé, para preservar as partes perante o momento vivido.

4 CONCLUSÃO

A pandemia de Covid-19 tem afetado o Direito do Consumidor de formas nunca antes vistas, os impactos da pandemia provocada pelo coronavírus nas relações consumeristas, principalmente naquelas formadas pela via eletrônica,

ensejaram de normas emergenciais por meio do RJET as quais afetaram o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, e conseqüentemente a população em geral.

Sendo que as transformações contratuais oriundas do meio digital permitiram uma maior acessibilidade do consumidor ao mercado aumentando as suas possibilidades de contratação sem, a perda ou modificação de direitos as mesmas regras aplicadas ao contrato tradicional se aplicam a esta modalidade, pois em sua natureza os contratos por meio digital não sofrem grandes alterações.

As contratações por meio eletrônico, podem ser realizadas em qualquer local do mundo, não se restringindo a territorialidade e no geral os contratos eletrônicos são majoritariamente entre uma pessoa e um sistema informatizado situação esta que acarreta varias incertezas, como a autenticidade da manifestação de vontade, que pode ser manipulada, devido as inseguranças do meio.

Quanto a proteção do consumidor em ambientes virtuais, o Código de Defesa do Consumidor apresenta o direito ao arrependimento nas compras ao qual o consumidor não estava presente fisicamente ao momento da compra, ao qual este esta em vulnerabilidade no momento do negocio por não possuir conhecimento sobre o bem a ser adquirido, e pelo próprio meio da relação pois este não possui contato direto com o vendedor para sanar eventuais duvidas.

Os efeitos da Pandemia de Covid-19 são amplos entre eles a impossibilidade de cumprimento de contratos de forma temporária ou não, e o desequilíbrio contratual decorrente de mudanças abruptas devido a fatos posteriores ao contrato.

O trabalho apresentado tem como metodologia a pesquisa exploratória que visa apresentar mais informações sobre o tema, que e extremamente recente, a pesquisa busca analisar os efeitos jurídicos da Pandemia e se o Direito do Consumidor e o Direito Civil estão aptos para proteger o consumidor em meio a Pandemia de Covid-19?

Com o surgimento do novo coronavírus no Brasil nota-se ainda um aumento das lides oriundas do meio virtual ao qual deveram se adequar não somente ao regramento especial, mas também ao Código Civil e Código de Defesa do Consumidor para solucionar qualquer celeuma nas relações ocorridas por intermédio deste meio.

Neste mesmo pensamento observa-se a Lei nº 14.010 que dispõe sobre o regime jurídico emergencial das relações jurídicas de direito privado em tempos de pandemia de Covid-19, ao qual em seu bojo afasta em seu art. 8 afasta o direito de arrependimento na compra de produtos perecíveis e medicamentos.

Apesar da vantagem da contratação por meios digitais propicia para as pessoas, não é incomum a observação de fraudes sobre compras e celebrações firmadas nestes meios, devido em muitos casos a inseguranças inerentes ao meio de celebração, inseguranças essas oriundas da quebra de sigilo personalíssima dos indivíduos contratantes, ao qual empresas se utilizam de informações deixadas na internet e tentam direcionar possíveis clientes a compra de produtos.

Sendo ainda o meio eletrônico uma grande fonte geradora de insatisfação de produtos comprados, haja vista a inexistente interação do consumidor com o produto antes da entrega do mesmo.

Nestes períodos de Pandemia de Covid-19 ao qual o consumidor se encontra em maior situação de fragilidade, e ao qual as relações contratuais se encontram em frangalhos o melhor método para resolução dos possíveis celeumas oriundos destes tempos e o dialogo como tentativa de manter um estus quo de antes da Pandemia.

REFERENCIAS

BORGES, Gabriella, **CONTRATOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO SÉCULO XXI: Responsabilidade Civil dos Sites Intermediadores no ECommerce**, Porto Alegre, 2018.

BOGO, Dax, **USOS, COSTUMES E BOA-FÉ OBJETIVA NA INTERPRETAÇÃO DE CONTRATOS DE CONSUMO CELEBRADOS VIA INTERNET**, Porto Alegre, 2016.

SOUZA, Livia, **PRINCIPAIS ASPECTOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR**, São Paulo, 2017.

SILVA, Marcio Mizukami. **Contratos eletrônicos interativos: da problemática das referências fundamentais do click-wrap agrément**. 2018. Trabalho de conclusão de curso (Pós-graduação em direito dos contratos) – Disponível em <<http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/1926>>. Acesso em: 08 de maio 2020.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Santos, Humberto Cunha dos. **A proteção ao consumidor em tempos contemporâneos: novos e velhos dilemas trazidos pela contratação por meios eletrônicos**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 113. ano 26.p. 335-375. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2017. Versão online disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:03QUIY_MBesJ:https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/download/1011/893+&cd=2 &hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 08 de maio 2020.

CASTRO, Wendel da Conceição; ALVES, Sergio Emílio; O Direito do Consumidor nas Relações de Consumo Eletrônico; 2020. Versão online disponível em < <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1595> >.

BRASIL. Lei. Nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor; disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm >

SOUZA, Thaianne Almeida, ALVES, Sergio Emílio. A proteção ao consumidor no âmbito do comércio eletrônico: uma análise à luz do princípio da vulnerabilidade. 2019.

BARROS, Marcelo. Contratos eletrônicos de consumo: OS novos paradigmas da teoria contratual e proteção do consumidor. 2019. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade federal de Pernambuco, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/33223>>. Acesso em 22 de junho de 2020.

SILVEIRA, Bruna. A responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou serviço: um exame das causas excludentes e atenuantes extraordinárias de acordo com os entendimentos adotados pelo TJRS. Rio Grande. 2016.

ARAÚJO, Raul César Machado. Da aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico. Trabalho de conclusão de curso – Disponível em < <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37225>>. Acesso em 22 de junho de 2020.

PERUCH, Arthur. Direito de arrependimento nas relações de consumo: questões práticas envolvendo contratos eletrônicos. Florianópolis. 2017.

SOARES, Adriana, SHITSUKA, Dorlivete, PARREIRA, Fabio, SHITSUKA, Ricardo. Metodologia da Pesquisa Científica. Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Maria /RS, 2018.

FLÁVIO, Milton; A pandemia do Covid-19 e os limites da intervenção judicial nos contratos. 2020 < disponível> <https://www.migalhas.com.br/depeso/325690/a-pandemia-do-covid-19-e-os-limites-da-intervencao-judicial-nos-contratos>

VALDERATO, Guilherme; Consequências da Pandemia criada pelo COVID-19 nas obrigações e nos contratos- Uma visão pelo ângulo do Direito Civil. 2020 <disponível> https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n1/versao-digital/284/

ABELHA, André. Quatro impactos da Covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta. 2020. Disponível em

< <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/325495/quatro-impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos-seus-fundamentos-e-outras-figuras-precisamos-urgentemente-enxergar-a-floresta> >. Acesso em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2020. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em 22 de Junho de 2020.

SAMPAIO, Marília. A suspensão do direito de arrependimento do artigo 49 do CDC. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-17/garantias-consumo-suspensao-direito-arrependimento-cdc>>. Acesso em 22 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Lei nº 14.010. dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm >. Acesso em 22 de junho de 2020.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfretamento à pandemia de Covid- 19. Revista de Direito do Consumidor | vol. 129/2020 | Maio - Jun / 2020. Disponível em < <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1040> >. Acesso em 22 de junho de 2020.

SANTOS, Caroline; GALLO, Maria; DINIZ, Ana; Impactos da Pandemia da Covid-19 nas relações contratuais à luz dos institutos da força maior e da onerosidade excessiva. IN: HIRSCH; Fabio; COVID-19 e o Direito na Bahia. Editora; Direito levado a serio; Salvador. 2020.

ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

ANGELA MARIA FERREIRA CARNEIRO LEMOS:

bacharelanda pelo Centro Universitário Luterano
De Manaus-Culbra -Manaus

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar sobre a adoção por casais homoafetivos, sua possibilidade legal e os efeitos sobre o adotado. Analisar o ambiente familiar propiciado ao adotado para se verificar até que ponto a orientação sexual dos pais pode influenciar ou não os filhos, Os homossexuais preferem adotar crianças que não estão nos perfis mais requisitados, como afro-descendentes, deficientes etc. O preconceito é uma realidade para os filhos de homossexuais, mas ainda é muito mais benéfica a adoção do que deixá-las nas instituições, nas quais não tem cuidado, carinho e atenção necessário. Os filhos de casais homossexuais têm a mesma competência social e saúde psicológica e mental que os filhos de heterossexuais. A pesquisa foi realizada através de matérias bibliográfica, doutrinas, leis e jurisprudências, vigente no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo buscou tratar da proteção ao instituto família o qual vem sofrendo inúmeras modificações ao longo dos anos, com as atualizações exigidas pela evolução social. As uniões homoafetivas encontram-se cada vez mais presente dentro da sociedade e a elas deve ser concedido o direito de adotar, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e levando em consideração o melhor interesse da criança.

Palavras Chaves: Família.Homoafetivos. Adoção. Princípios Constitucionais. Homoafetividade. Orientação Sexual.

ABSTRACT: This article aims to address the adoption by same-sex couples, their legal possibility and the effects on the adoptee. Analyze the family environment propitiated to the adopted one in order to verify the extent to which the sexual orientation of the parents may or may not lead their children. Homosexuals prefer to adopt children who are not in the most requested profiles, such as afro-descendants, disabled people etc. Prejudice is a reality for the children of homosexuals, but adoption is still much more beneficial than leaving them in institutions, where they do not have the necessary care, affection and attention. Children of homoaffective couples have the same social competence and psychological and mental health than the children of heterosexuals. The research was carried out through bibliographic materials, doctrines, laws and jurisprudence, in force in the Brazilian legal system. The study sought to address the protection of the family institute, which has undergone numerous changes over the years, with the updates required by social evolution. Homoaffective unions are increasingly

present within society and they must be granted the right to adopt, respecting the principle of human dignity and taking into account the best interests of the child.

Key Words: Family. Hoffective. Adoption. Constitutional principles. Homo-affectivity. Sexual Orientation.

1. INTRODUÇÃO

Este tema foi escolhido devido à grande polêmica em torno da adoção de pessoas cujo comportamento sexual difere dos padrões considerados atualmente na sociedade brasileira.

A questão norteadora é: isso afeta a orientação sexual da criança porque os pais são homossexuais? Ao longo dos anos, o conceito de família foi sendo revisado para incluir atualizações com o desenvolvimento social e, por conta dessa inovação, a questão da adoção de casais gays no campo jurídico tem sido discutida.

A adoção de casais do mesmo sexo é considerada sutil e especial porque é importante para a sociedade de hoje e os direitos das crianças e dos jovens devem ser priorizados para o seu bem-estar.

A recusa de adoção por serem casais homossexuais não leva em consideração o fato de que o pedido deve ser analisado para que os filhos possam ter relações harmoniosas e condições de vida dignas.

No entanto, na decisão do tribunal que aprova a adoção de homossexuais, isso mostra que nossa sociedade está mudando. Este artigo discute a adoção de casais do mesmo sexo, suas possibilidades e consequências, por se tratar de um assunto fascinante no Brasil e no mundo, e estuda a adoção de gays no Brasil. Por meio deste trabalho, será analisada a legislação brasileira, incluindo adoção, adaptabilidade, requisitos para adotantes e requisitos de adoção (se houver legislação envolvendo a adoção de homossexuais).

Outra tarefa será coletar dados para verificar se os indivíduos submetidos para adoção são prejudicados psicologicamente por esta pesquisa de trabalho.

A adoção tem como objetivo a busca de um lar para crianças ou jovens sem apoio familiar. Os casais que pretendem adotar estão à procura de um filho, por isso acrescenta-se a família, sendo este comportamento normalmente impossível de obter por via biológica, por isso, procura-se outro método de obtenção desse comportamento. No que se refere ao princípio da igualdade, não deve haver diferença no comportamento de adoção, pois não importa se o casal é

heterossexual ou homossexual, pois, em essência, a base da família é o tratamento de afeto, e amor.

Também irá discutir o direito da família, explicar a evolução do modelo de família e o conteúdo da legislação em vigor, tentar resolver os direitos constitucionais na relação, apresentar a evolução da legislação e analisar a relação jurídica que os direitos constitucionais enfrentam. , há crianças e jovens e Pessoas com casais do mesmo sexo também discutiram o processo de adoção e os requisitos e requisitos para a implementação da Lei no paradigma jurídico.

Conclui-se que o trabalho acima visa desenvolver leitores para refletir sobre a importância dos casais do mesmo sexo que respeitem seus direitos na sociedade, o que mostra que não há necessidade de preconceito, mas a composição familiar retorna na forma de amor e carinho, e isso é menos Crianças e jovens ficarão nos abrigos aguardando adoção.

2. ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Buscamos analisar o histórico das práticas de adoção no Brasil e analisar a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo com base nos princípios constitucionais. Segundo a pesquisa de (Dias 2010), casais gays são aqueles que se sentem afetuosamente atraídos por parceiros do mesmo sexo, enquanto os homossexuais são parceiros que se interessam por casais do mesmo sexo, sendo este último o mais citado neste estudo Expressão correta. (OLIVEIRA, 2011).

A homossexualidade é um costume antigo que acompanha os humanos desde o início e é até comum entre os animais. (COSTA, 2015).:

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento;

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Portanto, na Lei Maior não há proibição de constituição de entidade familiar para pessoas homoafetivas, sendo que em 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de a união poder ser efetivada por meio da União Estável. No campo da adoção, os tribunais decidiram conceder, observando os ditames legislativos do instituto.

2.2. A UNIÃO ENTRE PESSOAS HOMOAFETIVAS

Uma relação homoafetiva ocorre quando duas pessoas do mesmo sexo se encontram para formar uma família. Segundo Maria Berenice Dias, "as relações entre pessoas do mesmo sexo, embora não expressamente previstas na CF / 88 ou na lei constitucional, têm direito à proteção jurídica". (DIAS, 2007, p. 105).

De acordo com a Constituição de 1988, tais uniões são denominadas uniões permanentes porque não existe uma definição legal para que sejam consideradas uma unidade familiar à luz do direito da família. Na votação, o ministro Ayres Britto queria apoiar o reconhecimento das famílias homoafetivas, pois a constituição federal de 1988 proíbe a discriminação, afirma que "o gênero das pessoas, salvo indicação em contrário, não promove a desigualdade jurídica". (PORTAL MIGALHAS, s / d, p. 01).

A formação da família depende do afeto, é irrelevante para o gênero de quem a compõe, e seus direitos devem ser protegidos e não deve haver discriminação. Maria Berenice Dias, Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não acompanha a evolução sexual, a mudança de mentalidade, ninguém tem o direito de fechar os olhos, assumindo postura preconceituosa ou discriminatória, para não enxergar essa nova realidade. Os aplicadores do direito não podem ser fonte de grandes injustiças.

Descabe confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas. (DIAS, 2007, p. 107).

O objetivo da adoção é encontrar moradia para crianças e jovens, proporcionar condições dignas e demonstrar a verdadeira importância da família.

3.1. A Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Atualmente, são inúmeros os modelos de família sujeitos à fiscalização da ordem nacional. O artigo 226 da Constituição Federal, em 1988, foi alterado para proteger qualquer família, deixando de existir a cláusula de exclusão, tornando a interpretação da Carta Magna mais efetiva e o âmbito de aplicação mais amplo. (MAXIMILIANO, 1980).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como objetivo a proteção ao menor e, em termos de adoção e entidades familiares, está vinculado ao direito da família pela atual Constituição Federal.

O Código da Infância e da Juventude de Granato (2006) permite a adoção de qualquer tipo de criança, independentemente de ser abandonada ou em violação das regras, e elimina esses requisitos estipulados na Lei de Menores, objetivando a constituição de uma "Lei da Infância e da Juventude".

Entidades familiares e necessitadas que buscam integração social. O "Estatuto" contém regras a serem seguidas ao adotar, e tanto os adotantes quanto os adotados devem obedecê-las.

3.2. Princípio da Isonomia.

A igualdade é um direito que deve sempre ter validade no ordenamento jurídico brasileiro, portanto busque a justiça. A igualdade de tratamento é o objetivo principal, independentemente de qualquer diversidade que ocorra ao mesmo tempo.

O princípio da igualdade visto somente sob o seu aspecto meramente formal, ou seja, igualdade universal, genérica e absolutamente considerada frente à lei, tem como seu reverso o não-reconhecimento das particularidades dos destinatários da norma (GIRARD, 2005,p.76).

A isonomia é proposta em função do sistema de igualdade proibindo assim que não venha a ocorrer diferenças e discriminações no momento da comparação entre duas pessoas ou mais. (GIRARDI, 2005).

Com a evolução da sociedade outras formas de geração de filhos passaram a serem possíveis, podendo ser utilizadas as técnicas de inseminação artificial e o sexo deixou de ser correlacionado com a procriação, abrindo novos conceitos também de sexualidade.

Haverá a contrariedade ao princípio da igualdade sempre que a orientação sexual seja elemento para fundamentar o tratamento diferenciado. (GIRARDI, 2005).

O princípio isonômico em relação aos homossexuais estará violado quando a homossexualidade for utilizada como critério discriminatório, sem justificativas racionais, as quais encontram suas bases nos valores estabelecidos na ordem constitucional, especialmente nos direitos fundamentais. (GIRARDI, 2005, p. 81).

Aos homoafetivos é possível buscar a adoção de crianças, buscando a formação da entidade familiar, visando também preservar o que estipula o artigo 227 da Carta Magna de 1988, onde toda criança deve permanecer a uma entidade familiar respeitando as previsões legais.

Logo, o judiciário não pode negar a adoção aos casais homoafetivos devido à orientação sexual deste, em respeito a não discriminação prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

3.3. Princípio do Melhor Interesse Da Criança

O princípio do melhor interesse da criança encontra-se previsto na Carta Magna de 1988 bem como, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com os requisitos previstos na legislação os homoafetivos preenchendo tais solicitações, o judiciário deve conceder o direito a estes, não se valendo de justificativas preconceituosas para negar.

No caso de adoção por homossexuais, buscar-se-á desvendar se a sua exclusão está calcada no perverso sistema de discriminação, resquício de uma compreensão moralista em relação à concepção sócio histórica da humanidade, ou simples fato de ser essa providência a que melhor atende ao interesse da criança. (PERES, 2006, apud ANEQUINI 2008, p.40).

No momento de uma adoção por homoafetivos apenas se houver contrariedade aos princípios constitucionais no qual seja demonstrado que o ato de paternidade e maternidade do casal homoafetivo venha a trazer prejuízos ao menor analisando a situação fática e que será indeferido de forma legal. (PERES, 2006).

3.4. Código Civil de 1916

No Código Civil de 1916 os artigos 368 a 378 abordou a adoção, a qual era permitida a casais que não possuíam filhos, permitindo que os mesmos pudesse constituir uma família, tendo a experiência de serem pais, obtendo filho através de um molde supletivo.

Teixeira de Freitas (apud Junior 2005) aponta que no Código Civil de 1916, houve a legitimação da adoção, porém estes filhos teriam um tratamento diferente do biológico, ou seja, havia distinção entre filhos adotivos e naturais.

Como requisito tinha a idade o qual o adotante necessitava ter no máximo 50 (cinquenta) anos.

3.5. Lei 3.133/1957

No ano de 1957 houve a promulgação da Lei 3.133 a qual objetivou o incentivo a adoção e realizou modificações no Código Civil vigente na época, *in verbis*:

Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado.

Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: I - quando as duas partes convierem;

II - nos casos em que é admitida a deserdação.

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo.

Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, III e V.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária. Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

Passou a ser permitido que pessoas a partir de 30 (trinta) anos pudessem adotar e que o casal necessitava ter uma a união de no mínimo 5 (cinco) anos. (GRANATO. 2006).

Como alterações no Código Civil de 1916, Granato traz que;

Houve exclusão da regra que determinava a não produção de efeitos sucessórios se o filho já estivesse concebido no momento da adoção e sua substituição pelo princípio de que,

quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária. Marcante inovação foi a possibilidade prevista na lei de o adotado poder acrescentar ao nome dos pais de sangue os do adotante; ou ainda usar somente os do adotante, excluindo os apelidos dos pais de sangue. (GRANATO, 2006, p.45).

Em casos de adoção, deveriam ocorrer mediante escritura pública, muitos registravam o filho como próprio para que não houvesse a distinção entre filhos biológicos e adotivos

3.6. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

No ano de 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente que buscava proteger a criança e o adolescente através dos direitos constitucionais a eles inerentes.

Sobre o ECA Murilo José explica que,

Tem por objetivo fornecer subsídios para que todos os operadores do Direito da Criança e do Adolescente, pertencentes ou não à área jurídica, possam cumprir e fazer cumprir as normas e princípios instituídos em benefício da população infanto-juvenil, assegurando-lhes o efetivo exercício de seus direitos e, por via de consequência, o acesso à cidadania plena que há tanto lhes foi prometida. (DIGIÁCOMO, 2010, p.9)

Buscando acompanhar as inovações legislativas o Estatuto da Criança e do Adolescente no ano de 2009 sofreu algumas alterações onde a Lei 12010, denominada Lei de Adoção “alterou a investigação da paternidade revogou alguns artigos do Código Civil e da Consolidação da Legislação Trabalhista”. (FLORES, 2012, p.37).

A Lei de Adoção buscou harmonizar os diplomas legislativos do ordenamento jurídico brasileiro que versava sobre tal tema, buscando assim a celeridade no processo adotivo.

Digiácomo (2010) prevê que o Estatuto da Criança e do Adolescente no processo adotivo seja analisada a afinidade e afetividade entre as partes e que a decisão judicial da adoção é irrevogável, não podendo ser realizada através de procuração.

Como requisito a ECA trouxe as seguintes regras, *in verbis*:

§ 1º. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º. O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º. Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º. Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

A adoção buscou cuidar da criança e exercer a função social protegendo o menor e concedendo a ele o direito de conhecer a sua família biológica. O respeito, carinho e afeto devem prevalecer na adoção e no lar, por isso a formação da entidade familiar se tornou irrelevante quanto ao sexo do casal adotante.

3.7. Código Civil De 2002

O processo de adoção no Código Civil foi expresso no artigo 1625, *in verbis*:

Art. 1.625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando.

No caso de adoção a família adotiva deve respeitar as previsões expressas da Constituição Federal de 1988 previstas no artigo 227, deve haver o benefício ao adotado, sendo avaliadas inclusive as questões psicológicas.

Monte, (2012, p.01), afirma que “A adoção deve ser visto como um ato de amor e o que deve prevalecer é a felicidade e o bem estar do adotado. ” Mas, mesmo em atendendo tais requisitos os casais homoafetivos possuem dificuldades para conseguir realizar uma adoção, em uma decisão do Supremo Tribunal Federal o Ministro Salomão afirmou que,

[...] em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

[...] o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da realidade, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete à responsabilidade, nos mostram que os ministros, na hora de analisarem o caso, estão desenvolvendo uma hermenêutica que não considera apenas o direito legal, mas também, a realidade. (MONTE; OLIVEIRA, S/d, p.01).

O judiciário deve passar a analisar os casais homoafetivos conforme exige a legislação, sem preconceitos, tendo estes os mesmos direitos fundamentais do casal heterossexual.

4.O PROCESSO DE ADOÇÃO

Depois que Teixeira de Freitas (Teixeira de Freitas) introduziu a lei civil, a adoção do Brasil iniciou seu processo legislativo, que estipula que “crianças sacrificadas em adultério e incesto serão legalizadas e adotadas. (JÚNIOR, 2005, páginas 80 e 81).

O Código Civil de 1916 resolveu a questão da adoção e elencou a diferença entre filhos adotivos e filhos naturais. Com a promulgação da Constituição de 1988, essa distinção foi eliminada, e o Código Civil de 2002 não o contradiz, pelo que este entendimento é mantido .

É preciso respeitar os procedimentos de adoção no ordenamento jurídico brasileiro e cumprir suas funções sociais sem comprometer a responsabilidade social.

4.1 REQUISITOS E EXIGÊNCIA PARA A ADOÇÃO

As duas partes envolvidas na relação adotiva devem seguir as recomendações exigidas pela legislação. (DIGIÁCOMO, 2010).

4.2. QUANTO AO ADOTANDO

Em respeito à necessidade do estágio de convivência o qual é um requisito também a ser seguida, a adoção não pode ser feito mediante procuração.

Pode ser feito por maiores de 18 (dezoito) anos, abrindo exceção apenas quando o adotado já esteja na guarda ou tutela do adotante, conforme a previsão do artigo 40 da Lei 12010/09.

No caso de adoção de pupilo ou de curatelado, é necessário que o tutor ou o curador preste contas de sua administração, e, se por ventura tiver algum débito, devem saldá-lo. É natural que aqueles que não cumpriram adequadamente o seu mister não devem ser admitidos como pais. É a norma do art. 1.620 do Código Civil. (ELIAS, 2005, p.69).

Já a exigência quanto à união do casal pode os mesmos ser casais que estão casados no regime civil, quanto que estejam em união estáveis, sendo permitido também aquelas pessoas solteiras. (ELIAS, 2005).

As pessoas que se encontra separados judicialmente ou divorciados podem iniciar o processo de adoção, mas a convivência deve ter tido início quando da coexistência conjugal. (FLORES, 2012).

4.3. QUANTO AO ADOTADO

Com a promulgação da “Lei de Adoção”, o ECA foi alterado, sendo que o adotante deve ter no mínimo 18 anos (dezoito anos), a menos que esteja sob a guarda do adotante. (LEI 12010, 2009).

Os menores também devem receber benefícios e ter motivos legítimos, tanto no atual “Estatuto da Infância e Juventude” como no “Código Civil”. (DIGIÁCOMO, 2010).

No ato da adoção, quando os pais concordam em adotar uma criança, perderão o domínio familiar do adotante e necessitarão de autorização, a menos que

tenham perdido o domínio familiar ou desistido da criança e já sejam tutores ou tutores. Curatelado não tem o direito de interromper o processo de adoção. (Flores, 2012).

4.4. A viabilidade psicológica da educação para casais gays No campo psicológico, as pessoas questionaram a influência de pais gays adotivos sobre seus filhos e se a falta de uma maternidade causaria algum dano ao desenvolvimento educacional dos filhos. (SILVA, 2007) Nenhuma pesquisa científica pode comprovar essa situação, tornando o argumento infundado. Segundo Junior (2005, p.95) "Teoria da Aprendizagem Social,

Desenvolvimento Cognitivo e Planejamento de Gênero e Teoria da Psicanálise, a Ciência tenta propor pesquisas sobre o impacto do desenvolvimento da personalidade com base no ambiente familiar.

"Devido à complexidade da experiência, as identidades sexuais estão constantemente sendo reorganizadas, instáveis e canceladas." (BRITZMAN, 1996, p. 32). Em outras palavras, a orientação sexual não será perturbada pelos pais devido ao seu comportamento e emoções.

A orientação sexual não é afetada pelo ambiente familiar. Alguns fatores não foram comprovados cientificamente. A convivência com os pais de forma não experiencial é um motivo geral. (Março de 2005, escola secundária).

A teoria da aprendizagem social tenta provar que os menores são afetados para imitar a orientação sexual. Em outras palavras, quando você precisa determinar se é homem ou mulher, a intoxicação emocional pode ajudar. (Março de 2005, escola secundária).

Na teoria do planejamento de gênero, aponta que quando as crianças entendem que os homens são diferentes das mulheres, sua cognição de gênero se desenvolverá. Em outras palavras, homens e mulheres se comportam de maneira diferente. (SILVA, 2007) Para as teorias psicanalíticas, a personalidade masculina ou feminina desenvolvida por seus pais é perdoada e leva ao perdão. (MUSSEN, 1998).

A psicologia realiza esse tipo de análise com base no papel desempenhado por cada gênero.

5. A VIABILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, sendo assim o judiciário se enquadrou de acordo com a realidade social, atualizando o ordenamento jurídico.

A aliança entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, de modo que o Judiciário foi estruturado de acordo com a realidade social e o sistema jurídico foi atualizado.

Na certidão de nascimento deverá constar o nome dos pais da criança, exigência formal da Lei nº 6015/73, que não prevê a possibilidade de citação de nomes de pais do mesmo sexo, sendo a exigência irrelevante e permitir que os pais respeitem as ordens sociais. (SILVA, 2007). É importante observar que, na prática, já existem nomes de alguns pais na certidão de nascimento, mesmo que sejam todos do mesmo sexo.

De acordo com o relatório do STJ a seguir, o tribunal vem decidindo sobre a adoção por casais do mesmo sexo:

Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. REsp 889.852- RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.04.2010. (STJ [6] - RECURSO ESPECIAL :REsp 889852 RS 2006/0209137-4. Relator: Min.

LUIS FELIPE SALOMÃO – Órgão Julgador:4.^a Turma – Publicação: 10/08/2010. Informativo n. 432.).

Prevalecendo nos casos de adoção o princípio do melhor interesse da criança e a função social do instituto de adoção.

5.1 Julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, proposta pela Procuradora – Geral da República, Deborah Duprat. presentes no caput do Art. 1.723 do Código Civil: convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Dessa forma, os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio, sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homoafetiva como

mais uma das várias modalidades de entidade familiar, conforme entendimento pelo Supremo Tribunal Federal (2011), que equiparou a união homoafetiva à união estável, conforme julgado *in verbis*:

União civil entre pessoas do mesmo sexo – alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia - força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do supremo tribunal federal e da suprema corte americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - princípios de yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do código civil - o art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão - a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no estado democrático de direito - a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional - o dever constitucional do estado de impedir (e, até mesmo, de punir) “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI) - a força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo - recurso de agravo improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual. – (omissis). Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. – (omissis). A dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna. – (omissis). Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade. – (omissis). A função

contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias. – (omissis). (re 477554 agr, relator(a): min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 16/08/2011, dje-164 divulg 25-08-2011 public 26-08-2011 ement vol-02574-02 pp-00287) (grifos no original)

É importante ressaltar que, com a decisão citada, gays podem manter uma união estável registrada no Brasil, sendo, assim, reconhecida pela justiça. Neste caso, serão garantidos direitos comuns a casais heterossexuais como pensão, herança, regulamentação da comunhão de bens e previdência. Tal decisão também deve facilitar a adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A homossexualidade existe desde a antiguidade e ao longo de anos sofreu com preconceitos, mas com o passar do tempo e de forma lenta vem tendo seus direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

No ano de 2011, passou a ser permitida a formação de entidades familiares por casais do mesmo sexo, modificando o que vinha sendo praticado onde só era permitida por pessoas de sexo diferentes já que o casamento era tido como uma forma de procriação, sendo tal fundamento em desuso na atualidade.

No ordenamento jurídico ingressou de forma legal o instituto da adoção, a qual evolui com o passar do tempo. O presente trabalho buscou apresentar o direito de igualdade em um processo adotivo quando for realizado por casais homoafetivos. Na adoção por adotantes homoafetivos devem prevalecer os princípios constitucionais respeitando primordialmente o direito das crianças, principalmente o de fazer parte de um núcleo familiar, sendo o ato de adotar baseado no afeto, reconhecendo que existem pluralidade e diversidade social.

Por fim, os tribunais necessitam consolidar o entendimento sobre a adoção por casais homoafetivos, excluindo o preconceito e adotando posturas firmes, analisando em cada caso, prevalecendo o respeito e o princípio da isonomia e o maior interesse da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEQUINI. Flávia Renata. **Adoções por Casais Homossexuais**. 57f. 2008. Monografia (Especialista em Direito Civil e Processo Civil). Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium. Lins, São Paulo.

BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 30/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1/1994 a 6/1994. Edição atualizada em 2000. Brasília: Senado Federal, 2000.

BRASIL. **Lei 3.333 de 8 de maio de 1957**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm - Acessado em 14 de março de 2020.

BRASIL. **Lei 6.687, de 17 de setembro de 1979**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6687.htm - Acessado em 14 de março de 2020.

BRASIL. **Lei 12010, de 03 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm - Acessado em 14 de março de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm- Acessado em 14 de março de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm **HYPERLINK** "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm" Acessado em 14 de março de 2020.

BRITZMAN, Deborah P. **O que é esta coisa chamada amor?** Identidade homossexual, educação e currículo. In: Revista & Realidade. Porto Alegre, n. 21 (1), jan/jun. 1996.

COSTA, Hélio de Sousa; FILHO, Francisco Edilson Loiola. **A união homoafetiva e sua regulamentação no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862,

Teresina, ano 20, n. 4361, 10 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39874>. Acessado em 14 de março de 2020.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção homoafetiva**. In: DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos**. Revista do Advogado. São Paulo, n. 91, p. 103-111, mai. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual** – Aspectos sociais e jurídicos. In: Revista Brasileira de Direito de Família n.º 4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2010.

. Supremo Tribunal Federal – segunda turma. **União civil entre pessoas do mesmo sexo (jurisprudência)**. Brasília, DF: STF, 16 ago. 2011

Superior Tribunal de Justiça. **Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ (jurisprudência)**. Brasília, DF: STF, 14 jun. 2010.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná/Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, M. R. P.; CARVALHO, S. R. **1º guia de adoção de crianças e adolescentes no Brasil: novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções**. São Paulo: Winners, 2012.

FLORES, Tiesi Nunes. **Adoção por Casais Homoafetivos**. 2012. 73f. Monografia (Bacharel em Direito) Centro Universitário Modista. Porto Alegre – Rio Grande do Sul.

GIRARDI, Vicente. **Família Contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2006.

JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005.

LÔBO, P. **Direito Civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro. Forense, 1980.

MUSSEN, Paul Henry et al. **Desenvolvimento e personalidade da Criança**. São Paulo: HARBRA, 1988.

PEDROSA, Helena Rodrigues Vaz. **A adoção por pares homoafetivos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2994, 12 set. 2011. Disponível em: . Acesso em: 30

jul. 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituição de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERES, A.P.A.B. **A adoção por homossexuais**: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PORTAL MIGALHAS. **Direitos homoafetivos**: STF reconhece união homoafetiva. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>.

Acessado em 14 de março de 2020.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Marina Saraiva Chaves. **A adoção por pares homossexuais**. 2007. 30f. Monografia (Bacharel em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Rio Grande do Sul.

MADALENO, Rolf. Os Efeitos jurídicos da Homoparentalidade. In: FERRAZ, Carolina

V. et al. (Coords.). **Manual do Direito Homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A Adoção conjunta de Parceiros do Mesmo Sexo e o Direito Fundamental a Família Substituta. In: FERRAZ, Carolina V. et al. (Coords.). **Manual do Direito Homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013ords.). **Manual do Direito Homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO POR DÉBITOS TRABALHISTAS DE EMPRESA TERCEIRIZADA

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA.

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Embora por muito tempo a tese que preconizava a responsabilização subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas devidos por empresa de terceirização contratada tenha preponderado, a atual jurisprudência que se consolida no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho trilha em sentido diverso.

Não se pode negar, todavia, que a jurisprudência até então predominante na Justiça do Trabalho curvava-se por atribuir a responsabilidade subsidiária por débitos trabalhista de empresa terceirizadas ao Ente Público contratante e tomador dos serviços, não obstante a Lei Geral de Licitações, desde sua redação originária, fosse expressa em atribuir à empresa de terceirização contratada a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, prescrevendo que o inadimplemento do contratado, com referência às verbas indicadas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nos termos seguintes:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Apesar da clareza do dispositivo legal supracitado, a linha decisória majoritária da justiça trabalhista era no sentido de atribuir uma espécie de culpa *in vigilando* genérica ao Poder Público em relação à fiscalização dos contratos de terceirização, de modo a se presumir uma falha da fiscalização em razão do mero inadimplemento das verbas trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados.

É verdade que a Súmula 331 do TST já preconizava que os entes integrantes da Administração Pública, direta e indireta, deveriam responder subsidiariamente, acaso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, ressaltando que aludida responsabilidade não decorreria do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Todavia, na prática, a Administração Pública vivenciava uma grande dificuldade no que tange à aplicação do disposto no artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93, tendo em vista que dificilmente conseguia se desvencilhar do ônus probatório que lhe era imposto em relação à comprovação da fiscalização.

No contexto dessa discussão, em novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995, conforme se vê da ementa do julgado abaixo transcrito:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

(ADC 16, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219-01 PP-00011)

Ocorre que, não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha se pronunciado de forma definitiva acerca da constitucionalidade da norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93, a Administração Pública continuou tendo muita dificuldade para afastar sua responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas de seus terceirizados, já que, na grande maioria dos julgados se atribuía ao Ente Público uma culpa genérica na fiscalização, da qual era praticamente impossível se desvencilhar.

Diante desta realidade, o Supremo Tribunal Federal, apreciando diversas Reclamações por ofensa ao que restou decidido na ADC 16, reafirmou o entendimento no sentido de que a responsabilização subsidiária da Administração Pública, embora possível, é excepcional e condicionada à respectiva culpa, devidamente comprovada nos autos, sendo insuficiente a mera afirmação genérica de culpa *in vigilando* ou a presunção de culpa embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização, conforme se vê da ementa do julgado abaixo transcrita:

Ementa: AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. AFRONTA AO QUE DECIDIDO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DA EMPRESA CONTRATADA. ARTIGO 71, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 8.666 /1993. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. No julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, Tema 246 da Repercussão Geral, que interpretou o julgamento desta Corte na ADC 16, o STF assentou tese segundo a qual "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". 2. Consequentemente, a responsabilização subsidiária da Administração Pública, embora possível, é excepcional e condicionada à respectiva culpa, devidamente comprovada nos autos. 3. In casu, a decisão reclamada atribuiu à União a responsabilidade subsidiária omissiva pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços por intermédio de empresa terceirizada, conquanto inexistente prova taxativa de culpa *in vigilando*. 4. Neste contexto, é insuficiente a mera afirmação genérica de culpa *in vigilando* ou a presunção de culpa embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização. Precedentes. 5. Agravo a que se dá provimento a fim de cassar a decisão reclamada, na parte em que atribui responsabilidade subsidiária ao ente administrativo.

(Rcl 16777 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020)

No mesmo toar, o Supremo Tribunal Federal, em outra Reclamação Constitucional, foi expresso em afirmar que a culpa in vigilando da Administração não pode ser presumida, indicando que o ônus probatório não pode recair sobre o Poder Público, conforme abaixo se vê:

Ementa: AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECISÃO RECLAMADA QUE A ADMITE A EXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO QUE DECIDIDO NO JULGAMENTO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 – TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DA EMPRESA CONTRATADA. NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE PROVA TAXATIVA. ÔNUS DE PROVA QUE NÃO RECAI SOBRE A ADMINISTRAÇÃO. ARTIGO 71, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 8.666/1993. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. No julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, Tema 246 da Repercussão Geral, que interpretou o julgamento desta Corte na ADC 16, o STF assentou tese segundo a qual “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. 2. Consequentemente, a responsabilização subsidiária da Administração Pública por débitos de empresa contratada para com seus empregados, embora possível, é excepcional e condicionada à existência de prova taxativa da existência de culpa in vigilando. 3. A leitura do acórdão paradigma revela que os votos que compuseram a corrente majoritária no julgamento do RE 760.931 (Tema 246 da sistemática da repercussão geral) assentaram ser incompatível com reconhecimento da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 o entendimento de que a culpa do ente

administrativo seria presumida e, conseqüentemente, afastaram a possibilidade de inversão do ônus probatório na hipótese. 4. In casu, a decisão reclamada atribuiu à agravante a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços por intermédio de empresa terceirizada conquanto inexistente prova taxativa de culpa *in vigilando*, fundando-se exclusivamente na inversão do ônus probatório. Verifica-se, destarte, o descompasso entre a decisão reclamada e o paradigma invocado, haja vista ser insuficiente para a responsabilização a mera afirmação genérica de culpa *in vigilando* ou a presunção de culpa embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização. 5. Agravo a que se dá provimento, a fim de julgar procedente a reclamação, determinando a cassação da decisão reclamada na parte em que atribui responsabilidade subsidiária ao ente administrativo.

(Rcl 40137 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 10-08-2020 PUBLIC 12-08-2020)

Desta forma, ao que se viu, a responsabilidade de Administração Pública por débitos trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização é excepcional, dependendo da cabal comprovação falta de fiscalização culposa do Poder Público.

Então, consoante firme jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se admite a presunção de culpa *in vigilando*, devendo a falta de fiscalização ser devidamente comprovada nos autos, sendo insuficiente a mera afirmação genérica de falta de fiscalização ou a presunção de culpa embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização, ressaltando ainda que o ônus probatório em relação à falta de fiscalização não pode recair sobre a Administração.

Assim, ao que se viu, está a se formar nova linha jurisprudencial no sentido de afastar a responsabilidade subsidiária do Poder Público por débitos trabalhistas de empresas de terceirização de mão de obra, quando não restar demonstrada a falta ou deficiência da fiscalização no cumprimento do contrato, de modo que o mero inadimplemento de verbas trabalhistas não pode ser tido como suficiente para imputação de responsabilidade à Administração, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 .

Referências Bibliográficas:

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10º ed, São Paulo: LTr, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico, 10ªed, Belo Horizonte*. Fórum, 2015.

_____. *Contratação Direta Sem Licitação, 10ªed, Belo Horizonte*. Fórum, 2016.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2006.