



DIREITO
UNIVINTE

Organizadoras:
Ana Cristina Correa Melo e
Fernanda Ambros

DIREITO EM SÉRIE

VOL.VI



editora
FUCAP

ORGANIZADORAS

**ANA CRISTINA CORRÊA MELO
FERNANDA AMBROS**

DIREITO EM SÉRIE 6



**CAPIVARI DE BAIXO
2021**

Editora FUCAP – 2021.

Título: Direito em série 6.

Organização: Ana Cristina Corrêa Melo e Fernanda Ambros.

Capa:

Revisão: Dos Autores.

Edição: Andreza dos Santos

CONSELHO EDITORIAL

Expedito Michels (Presidente)

Emillie Michels

Andreza dos Santos

Dr. Diego Passoni

Dr. José Antônio da Silva

Dr. Nelson G. Casagrande

Dr. Roberto M. da Silveira

Dr. Rodolfo Lucas Bortoluzzi

Dr. Rodrigo Luvizotto

Dr. Jamile Marques

Dr. Hamilcar Boing

Dra. Beatriz M. de Azevedo

Dra. Patrícia de Sá Freire

Dra. Joana Dar'c S. da Silva

Dra. Solange Maria da Silva

Dr. Paulo Cesar L. Esteves

Dra. Adriana C. Pinto Vieira

D627d

Direito em série 6. / Ana Cristina Corrêa Melo; Fernanda Ambros.
(org.); Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2021.
286 p.

ISBN: 978-65-87169-24-8.

1. Direito constitucional – Brasil. I. Melo, Ana Cristina Corrêa. II.
Ambros, Fernanda. III. Título.

CDD 341.2

(Catalogação na fonte por Andreza dos Santos – CRB/14 866).

Editora FUCAP – Avenida Nilton Augusto Sachetti, nº 500 – Santo André, Capivari de Baixo/SC. CEP 88790-000.

Todos os Direitos reservados.

Proibidos a produção total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio.

A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo art. 184 do Código Penal.

Impressão e acabamento – Gráfica Editora Humaitá.



Impresso no Brasil – 2021.

ORGANIZADORAS

ANA CRISTINA CORRÊA MELO

Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade de Buenos Aires, com reconhecimento pela Universidade de São Paulo. Especialista em Relações Internacionais pela Faculdade Damásio/Clio Internacional. Coordenadora do Curso de Direito da FUCAP Univinte e professora titular das disciplinas de Direito Constitucional I, Processo Civil IV, Direito Internacional e Trabalho de Conclusão de Curso II. Procuradora Geral no Município de Lauro Müller, gestão 2021 a 2024. Foi pesquisadora no grupo de pesquisa em Direito Internacional Privado da Universidade de São Paulo, coordenado pelo Prof. Dr. André de Carvalho Ramos. Foi professora assistente de Direito Internacional Privado, cátedra de M.B. Noodt Taquela, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires entre 2013 e 2014. Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB de Santa Catarina. Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado - ASADIP.
E-mail: accorreamelo@gmail.com.

FERNANDA AMBROS

Mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista em Processo e Direito Tributário pela Estácio de Sá e em Processo e Direito Penal pela Uniasselvi. Servidora da Justiça Federal da 4ª Região. Professora das Disciplinas de Direito Civil IV, Processo Civil I e Processo do Trabalho na FUCAP Univinte.
E-mail: fernandaam.fucap@gmail.com

DIREITO EM SÉRIE 6

COLABORADORES

Alexssander Müller Camargo	Jadna Crozeta Zandomenico
Amanda Oliveira da Silva	Joana Rodrigues Demétrio
Ana Cristina Corrêa Melo	Leandro Pereira Joaquim
Bianca de Souza Justino	Marcio José Placelino Honorato
Camila L. Nandi de Albuquerque	Maria Helena Backes
Claudinéia O. de Assunção Mota	Mariléia Borges Alves
Cleiton Luiz Neves de Oliveira	Rafael Leandro
Fernanda Ambros	Romerito P. Pocidônio
Fernanda Mallmann	Sandra Muriel Zadorski Zanette
Gabriela Fidelix de Souza	Walkiria Bosa Carniato
Gilse Pickler Bratti	Wesley do Nascimento Silveira



Capivari de Baixo
2021

“O ideal da educação não é aprender ao máximo, maximizar os resultados, mas é antes de tudo aprender a aprender, é aprender a se desenvolver e aprender a continuar a se desenvolver depois da escola.”¹

¹ PIAGET, J. **Para onde vai a educação?** Rio de Janeiro: José Olympio, 1977.

APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito da FUCAP Univinte completou cinco anos nesse segundo semestre de 2021. Ainda em meio a pandemia, mas com muita alegria e esperança, formou-se a primeira turma do curso.

Assim, novos desafios se projetam no horizonte, como a aprovação no exame de ordem e a busca pela inserção no mercado de trabalho do mundo jurídico.

Nesse ponto, já nesse semestre de 2021/2 fomos consagrados com a aprovação de vários alunos no exame de Ordem, tão importante para os estudantes do Curso de Direito que desejam seguir a trilha da advocacia.

Em que pese os desafios enfrentados por professores e alunos em mais um ano em meio aos desafios impostos pela pandemia mundial do corona vírus, o esforço e a dedicação de todos os professores e demais colaboradores deve ser reconhecido, pois fizeram a diferença na continuidade do aprendizado e na consequente minimização do impacto no aproveitamento escolar dos nossos alunos.

Sendo assim, em continuidade à edição anterior, este livro busca prestigiar os alunos que estão concluindo o curso com a publicação de artigos produzidos por eles, sob orientação de seus professores orientadores, dando continuidade à propagação do conhecimento com textos de relevância social e pertinência para o debate de ideias.

Sempre com o apoio institucional, em especial do Professor Expedito Michels, seguimos difundindo a produção científica dos professores e discentes, a fim de compartilhar o conhecimento adquirido no Curso de Direito da FUCAP Univinte junto a toda sociedade.

Ana Cristina Corrêa Melo
Fernanda Ambros

SUMÁRIO

A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NOS CASOS DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 15

Alexssander Müller Camargo.

Camila Leonardo Nandi de Albuquerque.

PUBLICIDADE À LUZ DO CÓDIGO DE ÉTICA E ESTATUTO DA OAB: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DA PUBLICIDADE PARA O PROFISSIONAL DA ADVOCACIA..... 43

Amanda Oliveira da Silva.

Maria Helena Backes.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: UMA ANÁLISE DA EXTRADIÇÃO DE BRASILEIROS NATOS..... 71

Bianca de Souza Justino.

Ana Cristina Corrêa Melo.

A RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA ENTRE MÉDICO, HOSPITAL E PLANO DE SAÚDE EM CASO DE ERRO MÉDICO .. 95

Mariléia Borges Alves.

Claudinéia Onofre de Assunção Mota.

IMPLICAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS DA DISSEMINAÇÃO DE AGENTES PATOGÊNICOS EM TEMPOS PANDÊMICOS 121

Wesley do Nascimento Silveira.

Cleiton Luiz Neves de Oliveira.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NOS PROCEDIMENTOS REALIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE 145

Joana Rodrigues Demétrio.

Fernanda Ambros.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS: OMISSÃO NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA 173

*Romerito P. Pocidônio.
Fernanda Mallmann.*

DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO E LACUNA LEGAL 197

*Jadna Crozeta Zandomenico.
Gabriela Fidelix de Souza.*

CRIMES DE INJURIA RACIAL E RACISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 217

*Marcio José Placelino Honorato.
Gilse Pickler Bratti.*

A PROTEÇÃO DA PREVIDÊNCIA E DA ASSISTENCIA SOCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE 239

*Leandro Pereira Joaquim.
Rafael Leandro.*

A (IM) PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL 265

*Walkiria Bosa Carniato.
Sandra Muriel Zadroski Zanette.*

A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NOS CASOS DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

JURISDICTIONAL ACTION IN CASES OF A CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Alexssander Müller Camargo¹
Camila Leonardo Nandi de Albuquerque²

Resumo: A presente pesquisa tem como principal escopo estudar acerca da atuação jurisdicional nos casos de Acordo de Não Persecução Penal, incrementado pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Para tanto, realizar-se-á uma comparação à legislação da qual a supracitada norma teve como inspiração. Após constatada as principais diferenças, verificar-se-á acerca da constitucionalidade da referida Lei. Constatada a (in)constitucionalidade, abordar-se-á acerca da atuação do magistrado. O método empregado é o hipotético-dedutivo, o qual tem como escopo a formulação de hipóteses, bem como por um processo de inferência dedutiva afim de preencher um problema ou lacuna no conhecimento científico. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, a qual desenvolve-se a partir de fontes primárias ou secundárias, tal qual a Constituição Federal da República de 1988, bem como normas esparsas do ordenamento jurídico brasileiro, legislação americana e doutrina brasileira. Por derradeiro, conclui-se que a função regulatória do magistrado no Acordo de Não Persecução Penal, refere-se a proteger as garantias do acusado.

Palavras-chave: *Plea bargain*. Atuação jurisdicional. Pacote anticrime. Acordo de não persecução penal.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP/Univinte. E-mail: alexssander.muller@gmail.com

² Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado (UnC); Mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC); Especialista em Direito Empresarial; Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). E-mail: camilanandi_@hotmail.com.

Abstract: *The present research has as main scope to study about the jurisdictional action in the cases of Plea Bargain, increased by Law nº 13.964/2019 (Anticrime Package). For this purpose, a comparison will be made to the legislation from which the aforementioned rule was inspired, after verifying the main differences, it will be verified about the constitutionality of the referred Law, performance of the magistrate. The method employed is the hypothetical-deductive, which aims at formulating hypotheses, as well as through a deductive inference process in order to fill a problem or gap in scientific knowledge. The research technique employed is the bibliographic, which is developed from primary or secondary sources, such as the Federal Constitution of the Republic of 1988, as well as sparse norms of the Brazilian legal system, American legislation and Brazilian doctrine. Lastly, it is concluded that the regulatory function of the magistrate in the Agreement on Non-Penile Persecution refers to protecting the guarantees of the accused.*

Keywords: *Plea bargain. Jurisdiction practice. Anti-crime package. Non-persecution agreement.*

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da implementação do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, disposto na Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), viu-se a necessidade de identificar a atuação jurisdicional frente ao referido instituto, mais especificamente quanto à atuação do magistrado no que tange ao aludido acordo.

Isto posto, o presente estudo visa questionar, bem como elucidar a atuação do magistrado no referido acordo, verificando se seria o Poder Judiciário, neste ato representado pelo magistrado, mero homologador do acordo realizado entre o acusado e o Órgão de Execução do Ministério Público – Promotor –, ou este delimitaria quais seriam os parâmetros utilizados para a computação da benesse. Para tanto, necessário é o questionamento acerca do aludido instituto frente ao próprio acusado: seria essa uma faculdade do Ministério

Público de propor ou não, ou ao contrário, seria essa um direito inerente ao acusado?

Tais questões serão objeto do presente estudo, o qual visa elucidar todas as questões atinentes à atuação do magistrado frente ao Acordo de Não Persecução Penal. Para tanto, utilizar-se-á uma comparação junto a legislação americana, a qual servira de inspiração para a aludida lei.

Posteriormente realizar-se-á um breve estudo acerca dos institutos de justiça negociada já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, e, adiante, será dissertado acerca dos requisitos para a realização do Acordo de Não Persecução Penal, bem como seus impedimentos.

Nada obstante isso, no presente estudo, utilizar-se-á o termo “*plea bargain*” para o instituto da justiça negocial americana e o termo “acordo de não persecução penal” para o aludido instituto implementado no Brasil através da Lei nº 13.964/2019.

Para tanto, empregar-se-á o método hipotético-dedutivo, o qual tem como principal objetivo a formulação de hipóteses, através de um processo de inferência dedutiva afim de preencher um problema ou lacuna no conhecimento científico.

Por derradeiro, a pesquisa empregada é a bibliográfica, utilizando-se para tanto, fontes primárias e secundárias, tais quais a Constituição Federal da República, normas esparsas do ordenamento jurídico pátrio e doutrina brasileira.

2 COMPARAÇÃO DA APLICAÇÃO DO *PLEA BARGAIN* NO SISTEMA PROCESSUAL NORTE-AMERICANO FRENTE AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Inicialmente, necessário destacar que o sistema processual Norte-Americano, ao contrário do sistema processual Brasileiro, adotou o sistema da *common law*, ao passo que no Brasil, adota-se o sistema do *civil law*.

O Acordo de Não Persecução Penal trata-se um acordo realizado entre o Ministério Público, através de seu órgão de

execução, e o acusado, visando a admissão de culpa do acusado em troca de benesses concedidas, trata-se portanto, de um acordo bilateral.

Com isto em mente, na *common law*, após recebida a acusação, haverá a audiência prévia de julgamento, na qual o acusado será ouvido para apresentar sua resposta frente à denúncia, a qual é denominada “*plea*”.³

Dentre as declarações que o acusado poderá alegar, estão a de ser culpado (*guilty plea*), não culpado (*not guilty plea*), esta última ocorrendo inclusive, ao momento em que o acusado se mantém inerte (silêncio). Há ainda a possibilidade de haver contestação da acusação (*nolo contendere* ou *no contest plea*), a qual o acusado não admite nem nega a culpa (diferente do silêncio, onde ocorre a *not guilty plea*).⁴

Não obstante, existe também a possibilidade de alegação de *Alford Plea* (também conhecida como *Kennedy Plea*), na qual o acusado assume a culpa ao mesmo passo em que protesta por sua inocência, ou seja, admite culpa somente para livrar-se de uma possível condenação mais gravosa. Por fim, tem a possibilidade de o acusado declarar que o julgamento não poderá mais continuar (*peremptory pleas*), ocorrendo, principalmente, nos casos de impedimentos processuais, tal como o *bis in idem*.^{5,6}

Necessário repisar que, conforme supracitado, o sistema processual Norte-Americano adota o sistema de *common law*, sendo assim, no momento em que o acusado declara sua culpa através da confissão, o mesmo será imediatamente

³ MASI, Carlo Velho. A *plea bargaining* no sistema processual penal norte-americano. **Canal Ciências Criminais**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 17 abr. 2021.

⁴ MASI, Carlo Velho. A *plea bargaining* no sistema processual penal norte-americano. **Canal Ciências Criminais**, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 17 abr. 2021.

⁵ *Bis in Idem*, nas palavras de Aury Lopes Jr. é uma exigência da liberdade individual que impede que os mesmos fatos sejam processados repetidamente, sendo indiferente que eles possam ser contemplados em ângulos penais, formais e tecnicamente distintos. Vide Direito Processual Penal, 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 382.

⁶ MASI, Carlo Velho. A *plea bargaining* no sistema processual penal norte-americano. **Canal Ciências Criminais**, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 17 abr. 2021.

sentenciado, não sendo necessário a formação de um processo para a formação de culpa, como ocorre no *civil law*.

Neste sentido, antes da possível admissão de culpa do acusado, é facultado à Promotoria realizar o *Plea Bargain*, ou seja, barganhar a declaração do acusado. Ocorrendo, portanto, uma admissão de culpa do acusado frente a uma acusação, ao mesmo passo em que a Promotoria lhe concede benefícios.

Imperioso destacar que qualquer uma das partes poderá propor a negociação, no entanto, ela só será considerada válida, caso satisfaça o desejo de ambos. Nesse sentido geralmente ocorre uma aceitação de culpa por um crime menos gravoso, por parte do acusado, em troca de minoração da pena, por parte da Promotoria.

No entanto, o acordo realizado entre as partes será apenas uma faculdade para o Juiz, ou seja, o magistrado não ficará vinculado ao acordado entre as partes, podendo aceitar ou não, o que fora combinado entre o acusado e a acusação, exceto em casos na qual a promotoria opta por abrir mão da acusação em troca de assunção de culpa em fato menos gravoso (*drop charges*).⁷

Neste passo, normalmente, os acordos aceitos pela Corte não poderão ser discutidos em sedes recursais, excetuando-se àquelas nas quais o acusado aderir ao acordo mediante condições especiais, as chamadas *conditional plea bargain*, podendo, portanto, recorrer de alguma matéria específica, tal qual violação de direito constitucional.⁸

Desta forma, o *plea bargaining agreement* tem como condições para a validade do acordo: a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos [...]; b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis; c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente

⁷ MASI, Carlo Velho. A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano. **Canal Ciências Criminais**, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 17 abr. 2021.

⁸ MASI, Carlo Velho. A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano. **Canal Ciências Criminais**, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 17 abr. 2021.

porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão; d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado.⁹

De outro lado, com o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) viu-se a oportunidade da inclusão do aludido instituto no ordenamento jurídico pátrio, no entanto, com algumas alterações, adequando-se ao *civil law*, bem como à Constituição federal de 1988.

O artigo 28-A, da Lei nº 13.964/19 trata de discorrer acerca do procedimento realizado para a adoção do Acordo de Não Persecução Penal, em seus incisos (I à V) encontram-se dispostos os requisitos necessários para a adoção da referida benesse, quais sejam:

Art. 28-A [...]

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

⁹ MASI, Carlo Velho. A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano. **Canal Ciências Criminais**, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 17 abr. 2021.

Uma das mais notáveis divergências, encontra-se disposta no §10 do referido artigo, o qual dispõe acerca do descumprimento das condições estipuladas em acordo, veja-se:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] §10º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.¹⁰

Portanto, ao passo em que a legislação estadunidense em nada dispõe acerca da desistência no curso do *plea bargain* ou não cumprimento das medidas impostas, a legislação pátria traz, de forma positivada, as consequências em caso de descumprimento das medidas acordadas.

Nada obstante isso, imperioso destacar que, após o descumprimento das medidas acordadas, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.¹¹

Ou seja, após o descumprimento das condições estipuladas e a comunicação do Ministério Público ao juízo, haverá a possibilidade de oferecimento de denúncia, sendo assim, retornando o processo ao seu devido trâmite, seja através do rito sumário ou sumaríssimo (exclui-se o rito ordinário, uma vez que a propositura do presente acordo não poderá ser realizada para crimes cuja pena seja igual ou superior a 4 [quatro] anos).

Por derradeiro, imperioso discorrer ainda, acerca do requisito primordial para a realização do acordo de não

¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

persecução penal, qual seja, a confissão espontânea. Ocorre que tal requisito vai de total encontro ao disposto no artigo 8º, n.2, alínea g, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Decreto n. 678/92) da qual o Brasil é signatário e que dispõe acerca do direito de a pessoa “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar ser culpada”.¹² No entanto, a constitucionalidade das medidas adotadas será abordada em tópico próprio, ulteriormente.

3 A JUSTIÇA NEGOCIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, necessário destacar que a premiação para o acusado após sua colaboração com as investigações não é novidade no ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que, com a implementação da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), houve também a implantação do até então, denominado instituto da “Colaboração Premiada”, regido pelo artigo 3º e seguintes da referida Lei, posteriormente complementado pela introdução da Lei nº 13.964/2019.

O supracitado instituto tem como principal objetivo, como o próprio nome já induz, a colaboração do acusado pelo crime de organização criminosa mediante premiação.

Para que tal instituto seja de fato realizado, é necessário que haja algum dos resultados descritos em rol taxativo nos incisos do artigo 4º da Lei nº 12.850/15, quais sejam:

Art. 4º [...]

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticados;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III – a revelação de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

¹² JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 153.

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V – a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.¹³

Caso advenha algum dos resultados supracitados após a colaboração do acusado, este, terá a possibilidade de receber alguma benesse, as quais se encontram dispostas no *caput* do artigo 4º da supramencionada lei, *sic*:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha com um ou mais dois seguintes resultados: [...]¹⁴

Nada obstante isso, imperioso destacar ainda que, considerada a relevância da colaboração prestada pelo acusado, poderá o Ministério Público, a qualquer tempo, bem como o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a devida manifestação do Ministério Público, representar pelo perdão judicial, ainda que este não estivesse presente nos termos do acordo inicial, não é outro o disposto no §2º do supradito artigo, *in verbis*:

Art. 4º [...]

[...]

§2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº

¹³ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.html. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.html. Acesso em 25 abr. 2021.

3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).¹⁵

Destarte, muito embora a Lei nº 13.964/19 viesse a complementar o instituto da colaboração premiada, este já se encontrava presente no ordenamento jurídico pátrio desde o ano de 2013, portanto, não sendo o caso de uma inovação legislativa, mas sim, de uma aparente abrangência de um instituto já existente no sistema normativo brasileiro.

Nesta senda, imperioso dispor acerca do substrato para a criação do referido instituto. Ocorre que por demasiado tempo, com o aumento das infrações penais e o sobrecarregamento do Estado quanto a estas, viu-se a necessidade de discutir acerca de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, uma vez que os estabelecimentos prisionais carec(em)iam de vagas.

Neste sentido, com o intuito de dar celeridade ao processo penal, bem como elucidar o supracitado dilema, elaborou-se uma perspectiva funcionalista do Direito Penal com o intuito de eleger prioridades, ou seja, escolher os casos que realmente mereçam instrução criminal em juízo.

Como exemplo, cita-se os artigos 74, *caput*, 76, *caput*, e 89, *caput*, todos da Lei nº 9.099/95, os quais dispunham acerca dos institutos despenalizadores, *sic*:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Ainda:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Por fim:

¹⁵ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.html. Acesso em 25 abr. 2021.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Neste sentido, Rogério Sanches Cunha, define o que seria o acordo de não persecução penal sob sua ótica, nestes termos:

Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se que o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção aplicável ao fato a ele imputado.¹⁶

Por derradeiro, após este breve introito, verificar-se-á os requisitos para a propositura do acordo de não persecução penal.

3.1 REQUISITOS PARA PROPOSITURA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como já exposto, a justiça negocial no sistema legal brasileiro, encontra-se disposta na Lei nº 12.850/13 desde sua promulgação, em 2 de agosto de 2013, mais especificamente, em seu artigo 3º.

Neste passo, com o advento da Lei nº 13.964/19, houve não só a complementação do instituto da colaboração premiada, mas também, a implementação do Acordo de Não Persecução Penal, o qual, tem como objetivo premiar o acusado que contribuir efetivamente com o curso das investigações.

¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime – Lei 13.964/2019**: comentários às alterações no CPP, CPP E LEP. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 127.

O Acordo de Não Persecução Penal encontra-se disposto no artigo 28-A e incisos, do Código de Processo Penal e, em seu *caput*, encontram-se dispostos os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção de privilégios.

Conforme ensina Rodrigo Leite Ferreira Cabral, em seu livro “Manual do Acordo de Não Persecução Penal À Luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)”, são requisitos de natureza objetiva:

Os requisitos de natureza objetiva são relacionados: a) à pena mínima cominada ao delito; b) ao emprego de violência e grave ameaça no cometimento do delito; c) à necessidade do cumprimento das funções político-criminais.¹⁷

Ainda, é necessário destacar também quanto à impossibilidade de implementação do Acordo de Não Persecução Penal, o qual não ocorrerá nos casos em que envolver delito em que seja possível a transação penal ou que seja cometido no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticado contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.¹⁸

No que concerne aos requisitos para obtenção da benesse, há uma quantificação de pena mínima para haja a obtenção do privilégio, qual seja, que a pena mínima seja inferior a quatro anos (artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal).

Neste sentido, imperioso frisar que é necessário atentar-se às causas de aumento e diminuição de pena previstas no Código Penal, bem como nas legislações extravagantes aplicáveis ao caso concreto para que seja possível a obtenção da pena mínima. Não é outro o entendimento de Rodrigo Leite Ferreira Cabral, *ipsis litteris*:

Ademais, é importante frisar que, para chegar-se ao valor da pena mínima cominada ao delito, deve-se levar em consideração as causas especiais de aumento e diminuição,

¹⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 93.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.html. Acesso em: 25 abr. 2021.

previstas no Código Penal, parte geral e especial, e na Legislação Penal extravagante, aplicáveis ao caso a ser examinado, tudo isso nos termos do §1º, do art. 28-A do Código de Processo Penal.¹⁹

Destarte:

Na incidência das causas de aumento, para estabelecer-se a pena mínima, deve-se operar abstratamente o aumento mínimo previsto na Lei e na hipótese de concorrer uma causa especial de diminuição, deve-se considerar a diminuição máxima prevista em lei. Assim procedendo, chega-se à pena mínima.²⁰

Adiante, há também o requisito de que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça (art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal).

Neste ponto, necessário destacar que o legislador em nada discorre acerca de violência contra bens, ou seja, este requisito refere-se à violência contra pessoa, exclusivamente, é isto o que ensina Rodrigo Leite Ferreira Cabral, *in verbis*:

A palavra violência, aqui empregada pelo legislador, em uma interpretação sistemática do próprio Código de Processo Penal, restringe-se, desde a nossa ótica, à **violência contra a pessoa**, não estando incluída na vedação os crimes cometidos com violência contra as coisas.²¹ (Grifo original)

Nada obstante, para o ilustre doutrinador Rodrigo Leite Ferreira Cabral, o legislador, ao deixar em aberto o conceito de violência, deu-se a entender que o referido requisito teria como objeto todos os tipos de violência, quais sejam, a violência real, imprópria e presumida. Neste sentido:

¹⁹ Súmula n. 243 do STJ e Súmula n. 723, do Supremo Tribunal Federal, *apud*, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 94.

²⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 95.

²¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 97.

Ademais, a meu ver, o conceito de violência inclui os casos de **violência real, imprópria e presumida**, vez que – uma vez mais – o legislador não apresentou nenhuma restrição ao conceito de violência, devendo abranger todas as modalidades de violência trazidas pelos tipos penais da Parte Especial e legislação extravagante como é o caso, por exemplo, do crime de resistência qualificada (resistência real), tentativa de roubo com violência imprópria e de estupro de vulnerável, com violência presumida [...]”²² (grifo no original)

Portanto, segundo Rodrigo Leite Ferreira Cabral, a instituição dos requisitos de que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça, é legítimo, uma vez que tais condutas consubstanciam injustos mais graves e reprováveis.

Adiante, necessário é que haja a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, (art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal).

Rodrigo Leite Ferreira Cabral, a respeito deste requisito, dispõe:

Esse requisito parte de uma perspectiva eminentemente preventiva do Direito penal, com vistas, principalmente, à concretizar a ideia de que o acordo de não persecução penal consubstancia um equivalente funcional da pena, afinal, como consigna COSTA ANDRADE, “*é na culpa[bilidade] e nas exigências de prevenção é que se realiza*” a “*interpenetração e comunicabilidade entre o Direito Penal e o Processo Penal*”²³

É possível afirmar, portanto, que para que haja a celebração do acordo de não persecução penal, os elementos de informações constantes de investigação criminal deverão indicar que a avença realizada entre as partes contribuirá para a devida realização do acordo de não persecução penal.

²² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 98.

²³ COSTA ANDRADE, Manuel da. Consenso e oportunidade *In O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 353, *apud*, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 99.

Nas palavras de Rodrigo Leite Ferreira Cabral: “[...] a simples dúvida se o acordo preenche ou não essas diretrizes político-criminais já é suficiente para o seu não oferecimento.”²⁴

Neste passo, para Rodrigo Leite Ferreira Cabral, necessária é a observância de dois fatores para a concretização destes requisitos, quais sejam: (i) deve ser examinado se a infração penal ostenta alguma circunstância que permita afirmar a presença de um **injusto mais grave** (natureza predominantemente objetiva) e, (ii) se há elementos que indiquem uma **maior culpabilidade do agente** (natureza predominantemente subjetiva). (Grifo original)²⁵

Ainda, Rodrigo Leite Ferreira Cabral dispõe, no que compete aos injustos mais graves, que deverão ser levados em consideração a gravidade do fato, as circunstâncias da ação realizada, as consequências do fato, e, ainda, determinados os comportamentos anteriores e posteriores à prática da infração penal.²⁶ Neste sentido, dispõe:

Nesse sentido, o especial contexto da ação, o modo e a forma de execução delitiva, os elementos objetivos de autoria, a conduta prévia e a sua maior vulneração do bem jurídico tutelado, a ação posterior, como o auxílio à vítima, tentativa espontânea de reparação do dano, dentre outros, são elementos que têm estreita vinculação com a extensão da gravidade do injusto e devem ser levados em consideração.²⁷

No que concerne ao segundo critério de observância, qual seja, a culpabilidade, imperioso é examinar o grau de reprovabilidade pessoal do autor na realização da infração penal investigada. Para Rodrigo Leite Ferreira Cabral, “a culpabilidade pode ser entendida como uma atuação injusta do agente, apesar

²⁴ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 100.

²⁵ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 100-101.

²⁶ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 101.

²⁷ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 101.

de ser ele dotado de uma capacidade de responder por seus atos, apesar de possuir responsividade”.²⁸ Bem como:

[...] apesar do requisito em questão ter um corte político-criminal bastante forte e uma abertura interpretativa, nem roda opção político-criminal deve ser legitimamente aceita para a compreensão do que é necessário e suficiente para a prevenção do delito. É imprescindível que se avalie se ela é dogmaticamente legítima, devendo ser rechaçada qualquer opção normativamente insustentável, contraditória ou insuficientemente justificada à luz dos princípios do Direito Penal.²⁹

Nesta senda, entende-se inaplicável o instituto do acordo de não persecução penal frente aos casos de homicídio e lesão corporal, ambos na modalidade culposa, uma vez que, muito embora tratem-se de crimes culposos, onde o agente não pretendia ceifar a vida da vítima naquele e agredir fisicamente este, tratam-se de crimes cujo núcleo do tipo necessariamente engloba violência, portanto, não sendo cabível a aplicação do referido instituto.

A frente, tem-se outro requisito: não seja admitida transação penal (art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal). Como supracitado, com o abarrotamento do sistema judiciário e prisional, houve a necessidade de implementar medidas alternativas, tais como a reparação por danos civis, transação penal, suspensão condicional do processo e, recentemente, o acordo de não persecução penal.

Nesta senda, buscando evitar a aplicação do acordo de não persecução penal nos casos que são abrangidos pelas benesses supracitadas, o artigo 28-A, §2º, inciso I, do Código de Processo Penal dissertou acerca do tema, *sic*:

Art. 28. [...] [...]

²⁸ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 103.

²⁹ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 105.

§2º O disposto no **caput** desse artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I – se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei. (Grifo no original)

Não obstante, após breve análise do parágrafo §11º, da norma supracitada, verifica-se a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal em casos que também são aplicáveis a suspensão condicional do processo, *in verbis*:

Art. 28. [...]

[...]

§11º. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Desta feita, caberá ao acusado pleitear pelo instituto que mais lhe beneficiará.

Ainda, outro objetivo para a implementação do acordo de não persecução penal, é a inexistência de violência doméstica ou familiar ou razões da condição de sexo feminino, disposta no artigo 28-A, §2, inciso IV, do Código de Processo Penal.

No que tange ao conceito de violência em âmbito familiar, poderá ser utilizado, como analogia, o que é empregado na Lei nº 11.340/06, em seu artigo 7º. Nesse contexto, poderá ser utilizado, para tanto, a conceituação de violência como sendo tanto de violência física, moral, sexual, patrimonial ou psicológica. Neste sentido, conforme ensinamentos de Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

Assim, mesmo que não praticados com violência física e mesmo que não sejam contra mulheres, os crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar, não podem ser objeto de acordo de não persecução penal, como ocorre, por exemplo nos delitos de perturbação da tranquilidade (LCP, art. 65); violação de domicílio (CP, art. 150); importunação sexual (CP, 215-A), assédio sexual (CP, art. 216-A), registro não

autorizado da intimidade sexual (CP, art. 216-B), dentre vários outros.³⁰

Por derradeiro, tem-se o último requisito objetivo para a implementação do acordo de não persecução penal, qual seja, o de não ser caso de arquivamento, disposto no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal.

Ocorre que, para que seja realizado o acordo de não persecução penal, é necessário que a investigação criminal já esteja madura para o oferecimento da denúncia, ou seja, devidamente preenchida com as condições da ação penal.

Neste sentido, ensina Rodrigo Leite Ferreira Cabral, *ipsis litteris*:

Assim, deve existir a aparência de prática de um crime (*fumus comissi delicti*), deve existir legitimidade de parte (ou seja, a ação deve ser penal pública), a punibilidade concreta deve estar preservada (não pode estar, por exemplo, prescrita a pretensão acusatória), e também, informativos e probatórios mínimos que emprestem fundamento empírico para o oferecimento da denúncia.³¹

Portanto, é necessário que haja um processo para que possa ser implementado o acordo de não persecução penal.

Suscitado então, os requisitos objetivos para realização do acordo de não persecução penal, verificar-se-á os requisitos subjetivos para a concretização do mesmo.

Como requisitos subjetivos têm-se: a não reincidência, habitualidade, reiteração ou profissionalismo (art. 28-A, §2º, inciso II, do CPP); a inexistência de acordo anterior (art. 28-A, §2º, inciso III); e confissão formal e circunstanciada (art. 28-A, *caput*).

Requisitos estes que, caso não sejam preenchidos simultaneamente com os objetivos, impossibilitarão a execução do acordo de não persecução penal.

³⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 112.

³¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 116.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Inicialmente, imperioso destacar acerca do disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, a qual dispõe acerca das garantias fundamentais e, conseqüentemente, do princípio de não auto incriminação, *sic*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Sendo assim, um dos requisitos subjetivos para a concretização do acordo de não persecução penal é o da confissão formal e circunstanciada, disposta no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaçada e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

Portanto, inicialmente se demonstra uma clara violação ao princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, o qual, no ensinamento de Aury Lopes Jr:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma

atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.³²

Ocorre que, para que haja a realização do acordo de não persecução penal, é necessário que o acusado confesse formalmente e circunstanciadamente. No entanto, como supracitado, o direito de não autoincriminação é um direito fundamental inerente a todos os cidadãos.

Contudo, necessário é a realização de uma ponderação quanto à utilização ou não do referido princípio. É que, caso o acusado opte por não colaborar com a acusação, prosseguirá a persecução penal normalmente.

Com isso, a depender da complexidade do caso, bem como da reprovabilidade do suposto crime cometido pelo acusado, haverá uma grande probabilidade de que a pena ultrapasse o que poderia este ter adquirido caso o referido acordo fosse realizado.

Ou seja, é necessário que haja uma análise quanto aos benefícios e malefícios de colaborar ou não. Caso haja a colaboração – após preenchido todos os requisitos para sua execução –, o acusado poderá receber uma pena – ou medida alternativa – muito inferior àquela que, caso ocorresse por vias normais, receberia.

Para melhor compreensão, utilizar-se-á os ensinamentos de Rodrigo Leite Ferreira Cabral, que assim dispõe:

Diante desse contexto, pode-se indagar se o art. 28-A do Código de Processo Penal, ao estabelecer como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal a confissão circunstanciada dos fatos padeceria de inconstitucionalidade, uma vez que poderia menoscabar o direito ao silêncio.

Para responder a essa pergunta, é importante assentar uma premissa. Não se admite o emprego série de medidas que visem forçar o investigado ou acusado a confessar a prática do delito, existindo um grande consenso no sentido de que, nos interrogatórios, é vedada: (i) a tortura física ou psicológica; (ii) o uso de qualquer intervenção corporal contra o imputado; (iii) o emprego de medidas que afetem a

³² JÚNIOR. Aury Lopes. **Direito processual penal**. São Paulo. Saraiva Jur. 2020. p. 118-119.

memória ou a capacidade de compreensão do interrogado; (iv) o uso de hipnose; (v) o uso de métodos de interrogatório durante a fadiga; (vi) a administração de medicação ou narcoanálise (seja por injeção, inalação, contato com a pele, ingestão via comida ou bebida); (vii) o engano; (viii) o ardil; (ix) as ameaças e (x) as perguntas capciosas.³³

Ademais, imperioso destacar ainda que, o oferecimento do acordo de não persecução penal para o acusado traria grandes benefícios, uma vez que as condições são brandas e não envolvem privação de liberdade, bem como, por muitas vezes, encontram-se proporcionais entre a punição e a vantagem auferida.

Por derradeiro, nas palavras de Rodrigo Leite Ferreira:

Diante disso, é possível concluir que o estabelecimento, pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal não parece violar o direito de ficar calado, mesmo porque a decisão de confessar decorre de uma opção legítima e importante para a defesa do investigado, além de ser necessariamente orientada por defensor.³⁴

Destarte, resta assentado que o requisito de confissão para o cumprimento do acordo de não persecução penal, *a priori*, não viola preceito constitucional, considerando-se válido.

5 CONTROLE JURISDICIONAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Inicialmente, imperioso destacar que, para que ocorra a realização do acordo de não persecução penal, é necessário que haja voluntariedade de ambas as partes, quais sejam, investigado e Ministério Público.

³³ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 133.

³⁴ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 136.

No que concerne ao Ministério Público, não se trata de uma intenção pessoal do promotor de celebrar ou não o referido acordo, mas sim de um amparo legal e institucional para essa manifestação de vontade.³⁵

Já, para o investigado, trata-se de uma ponderação quanto a disponibilidade de seu direito constitucional ao silêncio e a possível vantagem que irá auferir em provável acordo de não persecução penal.

Insta mencionar também que, o Poder Judiciário jamais poderá impor ao Ministério Público uma obrigação de fazer o acordo de não persecução, vez que – nesse caso – estaria ausente o requisito de consentimento.³⁶

Ainda, imperioso destacar que, pelo fato do Acordo de Não Persecução Penal basear-se principalmente no dever de lealdade³⁷, deve o Ministério Público comprometer-se a não se utilizar da confissão do investigado caso o acordo supra não seja realizado.³⁸

No mais, como leciona Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

[...] a presença do Poder Judiciário apresenta-se como um esforço publicista no acordo, de modo a verificar, ao final, se houve o devido respeito à legalidade e à voluntariedade do agente. Em outras palavras, a função do juiz na apreciação do acordo de não persecução penal é de garantia dos direitos do investigado e da legalidade da avença.³⁹

Assim, partindo-se deste pressuposto, denota-se que o magistrado teria papel meramente regulador, visando proteger as garantias do acusado, no entanto, é vedado a ele assumir

³⁵ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 137.

³⁶ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 138.

³⁷ Dever de Lealdade, nas palavras de Rodrigo Leite Ferreira Cabral: “em caso de não homologação judicial do acordo, a confissão realizada pelo investigado exclusivamente por ocasião da celebração do acordo de não persecução penal não poderá ser utilizada no processo penal a ser instaurado, sem o consentimento do investigado.” Vide **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 170.

³⁸ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 168.

³⁹ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p.173.

qualquer conduta que importe em efetiva negociação, uma vez que tal espaço pertence somente às partes.⁴⁰

Nesta senda, têm-se a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, ao discorrer acerca das limitações do magistrado, no julgamento da ADI nº 6298, *sic*:

[...] d2) O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas. Ao revés, o juiz poderá: (a) não homologar o acordo ou (b) devolver os autos para que o *parquet* – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso [...]⁴¹

Neste sentido, na lição de Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

O Poder Judiciário, como já dito, não tem interesses em jogo no acordo, não está na mesa de negociações. A sua função não é essa. O papel do juiz será precisamente o de analisar se homologa ou não o acordo de não persecução penal desde uma perspectiva de legalidade. O juiz é garante da legalidade do negócio jurídico. Ele deve, portanto, limitar-se à importantíssima função de examinar o acordo de não persecução penal à luz do ordenamento jurídico, nomeadamente do art. 28-A do Código de Processo Penal.⁴²

Com isto em mente, passar-se-á a apreciar as hipóteses nas quais o magistrado deve indeferir o pedido de homologação do acordo de não persecução penal.

Conforme ensina Rodrigo Ferreira Cabral, o magistrado deverá indeferir o pedido de homologação do acordo de não persecução penal nas hipóteses em que houverem: (i) controle da legalidade na celebração do acordo (não homologação por ilegalidade) e, (ii) controle sobre a legalidade do conteúdo do

⁴¹ STF – MC ADI: 6298 DF – DISTRITO FEDERAL 0035984-92.2019.1.00.0000, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 22/01/2020, Data de Publicação: DJe-019 03/02/2020

⁴² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 181.

acordo (devolução dos autos às partes para eventual renegociação).

O primeiro, trata-se de controle de legalidade, na qual o Poder Judiciário deverá fazer sobre o acordo de não persecução penal, verificando se o negócio jurídico fora celebrado de acordo com as hipóteses previstas em lei.⁴³

No segundo, ao contrário do anterior, o foco do magistrado não restará sobre o preenchimento ou não dos requisitos legais para a celebração do acordo, mas sim sobre o próprio conteúdo das cláusulas que estabelecem as condições do acordo de não persecução penal.⁴⁴

Destarte, após suscitado os limites jurisdicionais impostos ao acordo de não persecução penal, passar-se à apreciação dos limites impostos no negócio jurídico retromencionado.

A prática de ilícitos penais pode gerar para seu autor responsabilidades que ultrapassam as esferas penais, tais como as de natureza militar, econômica, eleitoral ou, até mesmo, cíveis. Neste passo, se faz natural que, com o advento do acordo de não persecução penal, busque-se dirimir todas estas responsabilidades.⁴⁵

Com isto em tela, presumível é que isto seja possível. Exemplo disso é que um acordo de não persecução penal que poderia incluir eventual acordo de não persecução civil relativo à Lei de Improbidade Administrativa,⁴⁶ contanto, claro, que contemple todas as consequências jurídicas delas correntes, bem como as adequadas às suas finalidades.

Por fim, Rodrigo Leite Ferreira Cabral, disserta sobre o tema:

Em suma, pode-se concluir que não há nenhum problema na inclusão de acordos de outra natureza no ANPP, sendo

⁴³ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 182.

⁴⁴ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 183.

⁴⁵ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 171.

⁴⁶ CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 171.

imprescindível, porém, nesses casos que: (i) exista autorização normativa para a celebração do acordo adicional; (ii) o acordo seja firmado pelas partes legítimas para realizar todas as avenças; (iii) sejam respeitadas e levadas em consideração, no momento da elaboração das cláusulas contratuais, as respectivas naturezas jurídicas dos atos e as consequências jurídicas que devem advir deles, com o objetivo de tutela integral do interesse público.

Destarte, como supracitado, uma vez que exista autorização normativa para a celebração do acordo adicional, bem como que os demais requisitos estejam preenchidos, poder-se-á incluir no acordo de não persecução penal – ou realizar acordo de não persecução civil – medidas para dirimir as responsabilidades extrapenais.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como escopo a apreciação da atuação jurisdicional frente ao Acordo de Não Persecução Penal. Para tanto, utilizou-se o instituto do *Plea Bargain* adotado pelo sistema norte-americano, como um norte comparativo, visto que o acordo supracitado teve forte embasamento neste.

Posteriormente, dissertou-se acerca da justiça negociada no Brasil, uma vez que esta não se trata de uma inovação legislativa. Pelo contrário, constatou-se que já houvera, no Estado, a adoção de medidas diversas à pena restritiva de liberdade com o intuito de punição, têm-se como exemplo, a suspensão condicional do processo.

Adiante, fora citado, inclusive, acerca do instituto da Colaboração Premiada, disposta na Lei nº 12,850/13, para fins de elucidação quanto a justiça negociada Brasileira.

Sucessivamente, foram analisados os requisitos objetivos e subjetivos para a confecção do acordo de não persecução penal, bem como sua possível inaplicabilidade em alguns casos.

Subsequentemente fora analisado acerca da (in)constitucionalidade do referido instituto que, como restara

comprovado, apesar de ir de encontro com o princípio da não auto incriminação, constatou-se que se trata de uma convenção realizada entre o investigado e o Ministério Público, na qual deverá haver uma ponderação entre “ganhos” e “perdas” para a realização do supracitado acordo.

Ainda, fora disposto acerca da possibilidade de implementação de acordos de outras naturezas, tais como militares, administrativas ou cíveis, desde que exista autorização normativa e que os demais requisitos se encontrem devidamente preenchidos.

Constatou-se, por fim, a função regulatória do magistrado no Acordo de Não Persecução Penal, com vistas a proteger as garantias do acusado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.html. Acesso em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº MC ADI: 6298 DF – DISTRITO FEDERAL**. 0035984-92.2019.1.00.0000, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 22/01/2020, Data de Publicação: DJe-019 03/02/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861439204/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-mc-adi-6298-df-distrito-federal-0035984-9220191000000>. Acesso em: 18 de maio de 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021.

CUNHA. Rogerio Sanches. **Pacote anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CPP, CPP E LEP**. Salvador: Juspovm, 2020.

JÚNIOR. Aury Lopes. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MASI, Carlo Velho. A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano. **Canal Ciências Criminais**, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 17 abr. 2021.

**PUBLICIDADE À LUZ DO CÓDIGO DE ÉTICA E ESTATUTO
DA OAB: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DA PUBLICIDADE
PARA O PROFISSIONAL DA ADVOCACIA**

**ADVERTISING IN THE LIGHT OF OAB'S CODE OF ETHICS
AND STATUTE: ANALYSIS OF ADVERTISING LIMITS FOR
LAWYERS**

**Amanda Oliveira da Silva¹
Maria Helena Backes²**

Resumo: É evidente que o desenvolvimento das tecnologias e o desencadeamento de uma grande competição na oferta de produtos e serviços exigem diferenciais para chamar atenção de clientes. Com isso, a publicidade e as redes sociais estão cada vez mais inseridas no dia a dia da advocacia. Assim, este trabalho se propõe a analisar os aspectos éticos e legais da atividade jurídica à luz do Estatuto da OAB, Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil e do Provimento 94/2000. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com base em revisões bibliográficas, sites, artigos científicos, matérias de jornais, legislação vigente e jurisprudência, buscando-se os limites acerca da atuação do profissional advogado com a utilização de mídias sociais.

Palavras-chave: Publicidade. Advocacia. Código de ética.

Abstract: *It is evident that technologies development and a big uprising products and services market competition demand some differentials in order to gain customer's attention. As a result of it, advertising and social media are getting more work in daily practice of the law. Thus, this article aims to analyze ethical and lawful aspects of legal practice in the light of OAB's Statute,*

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: amandadbn@hotmail.com

² Advogada. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professora das disciplinas de Direito Processual Civil e Ética Geral e Jurídica do Curso de Direito da Faculdade de Capivari – FUCAP.

Brazilian's Bar Association Ethics and Discipline Code and Provision 94/2000. In order to do so, it was used the hypothetical-deductive method, based on bibliographic researches, websites, scientific articles, newspaper, effective laws and jurisprudence, identifying the limits of attorney's use of social media.

Keywords: Advertising. Advocacy. Code of ethics.

1 INTRODUÇÃO

A publicidade está atrelada à cultura e a sociedade. No entanto, na advocacia, umas das profissões mais antigas existentes, percebe-se certa limitação em relação ao exercício da publicidade. Isto porque, de acordo com Lopes³, a advocacia (que teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo e tratava-se de atividade não profissional, mas, sim, atividade de honra, solidariedade e em busca da justiça) seria incompatível com práticas de mercantilização, acreditando-se que a prestação advocatícia não poderia ser comercializada como um outro serviço qualquer.

Sabe-se que, para se viver plenamente em uma sociedade, é necessário que sejam interpostas determinadas regras de condutas, proporcionando, assim, a delimitação de como se deve agir ou não, punindo os que desrespeitam as referidas regras. Neste sentido, a Deontologia Jurídica⁴ é a disciplina que trata dos deveres e dos direitos dos agentes que lidam com o Direito, isto é, dos advogados, dos juizes e dos promotores de justiça, e de seus fundamentos éticos e legais.

O presente artigo está distribuído em quatro tópicos. Após a introdução, o segundo item tem por objetivo tratar de forma breve sobre a evolução da publicidade no Brasil. No terceiro tópico, será abordado a respeito do histórico da regulação da publicidade na advocacia, Deontologia Jurídica e a origem do Código de Ética e Disciplina e Estatuto da OAB.

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁴ SILVA, Tiago Ferreira da. A Deontologia Jurídica e a sua aplicação no âmbito do direito moderno. **Jus.com.br**, Bahia, out. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86138/a-deontologia-juridica-e-a-sua-aplicacao-no-ambito-do-direito-moderno>. Acesso em: 18 de abr. 2021.

Por fim, serão analisados julgados da Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo, a fim de compreender o posicionamento dos relatores em relação à publicidade do advogado nas redes sociais. Ainda, no último item, será aludido sobre a publicidade na advocacia.

2 ASPECTOS DA PUBLICIDADE NO BRASIL

A palavra publicidade teve origem no latim *publicus* (que significa público), dando origem ao termo *publicité*, em língua-francesa. O termo *publicite* referia-se à publicação ou leitura de leis, éditos, ordenações e julgamentos. No século XIX, o termo publicidade perdeu o seu sentido ligado a assuntos jurídicos e adquiriu o significado comercial: “Qualquer forma de divulgação de produtos ou serviços, através de anúncios geralmente pagos e veiculados sob a responsabilidade de um anunciante identificado, com objetivos de interesse comercial”.⁵

Para Rabaça e Barbosa, o nascimento da publicidade vem do antigo império Romano, onde a propaganda era realizada de forma informal e passada de pessoa em pessoa. A divulgação, naquela época, acontecia de maneira instintiva, para que seus negócios prosperassem. Com o passar dos anos, no século XVII, o termo propaganda foi aderido pela igreja católica, a igreja era o grande poder da época e era a maior usuária da propaganda como ferramenta da expansão da fé da população.⁶

No Brasil, até 1808, a principal fonte de publicidade era o “boca a boca”, no entanto isso mudou com a chegada do primeiro jornal do país, chamado de “Gazeta do Rio de Janeiro”, onde aconteceu o primeiro anúncio de um imóvel, dando origem aos classificados.⁷

Segundo Gonçalves, no início de 1900, surgiram as revistas que, inicialmente, tinham um papel mais social, mas rapidamente começaram a surgir os primeiros anúncios nesse

⁵ RABAÇA, Carlos A.; BARBOSA, Gustavo. **Dicionário de comunicação**. São Paulo: Ática, 1987. p. 481.

⁶ RABAÇA, Carlos A.; BARBOSA, Gustavo. **Dicionário de comunicação**. São Paulo: Ática, 1987, p. 481.

⁷ GONÇALVES, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**. Curitiba: IESDE Brasil, 2009, p.11.

novo meio de comunicação. Alguns anos depois, surge a primeira agência de publicidade em São Paulo, com o nome “Eclética”.⁸

Na mesma época, já existiam agências mais desenvolvidas no exterior, fato que levou os brasileiros a importarem propagandas de países como os Estados Unidos. Em 1930, começam a desembarcar no Brasil agências norte-americanas, trazendo inovações para o cenário, entre elas a publicidade com fotos. Outro grande marco para a publicidade foi o surgimento do rádio, que aconteceu por volta do ano de 1930.⁹

No ano de 1950, nasceu a primeira TV do Brasil, a TV Tupi, que revolucionou a publicidade brasileira. Com a chegada da ditadura, a censura se instaurou no país, limitando a liberdade de expressão da população, o então governo, contudo, fez um enorme investimento em publicidade para disseminar seus ideais.¹⁰

Nos anos 2000, com a criação da internet, o cenário publicitário no país começa a mudar, alterando a maneira das marcas se comunicarem com o consumidor e a maneira com que as pessoas veem as empresas que escolhem consumir.¹¹

Atualmente, é impossível falar em publicidade sem fazer referências ao marketing. São duas áreas que estão interligadas e que se complementam com o objetivo de desenvolver a divulgação e vendas dos produtos e serviços de uma empresa. É importante enfatizar que a publicidade se enquadra, na empresa, como parte do marketing e que a publicidade também é parte da comunicação mercadológica.¹²

A publicidade digital já percorreu um longo caminho nos últimos 20 anos com todos os tipos de formatos e canais. Entretanto, desde o início de 2020, o progresso na tecnologia

⁸ GONÇALVEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**. Curitiba: IESDE Brasil, 2009, p. 11.

⁹ SEVERINO, E. F.; GOMES, N. V.; VICENTINI, S. A história da publicidade brasileira. **Revista de periódicos eletrônicos**, Franca, v. 6, n. 1, 2011.

¹⁰ SEVERINO, E. F.; GOMES, N. V.; VICENTINI, S. A história da publicidade brasileira. **Revista de periódicos eletrônicos**, Franca, v. 6, n. 1, 2011.

¹¹ DUARTE, Ramón Sanchez. **Levantamento histórico das agências de publicidade em São José dos Campos**. Paraíba: Universidade do Vale do Paraíba, 2018. p. 15.

¹² GONÇALVEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**. Curitiba: IESDE Brasil, 2009, p. 25.

digital talvez nunca tenha sido mais evidente do que neste momento de distanciamento social causado pela pandemia de Covid-19, a pandemia contribuiu para que anunciantes olhassem para novas soluções e revissem a forma como se comunicam com sua audiência.¹³

3 DEONTOLOGIA JURÍDICA E O CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB

A deontologia como ciência dos deveres abre um leque de diversos valores e princípios éticos, adentrando-os nos diversos grupos profissionais. Demonstra-se, pois, ser cada vez mais imprescindível a presença da Deontologia jurídica, da ética e da moral no âmbito do Direito, para que os profissionais busquem cumprir suas atribuições sem desprezeitar os ditames do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁴

3.1 BREVE HISTÓRICO DA REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NA ADVOCACIA

A advocacia é uma das profissões mais antigas existentes e teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo. Tratava-se de uma atividade não profissional, executada por sábios, sem intuito principal de auferir renda. Mesmo na antiga Grécia e em Roma, não havia a profissionalização do Direito, cabendo aos cidadãos mais experientes e proeminentes decidir sobre as questões, quase como uma arbitragem.¹⁵

A advocacia se converteu em profissão organizada quando o Imperador Justino, antecessor de Justiniano, constituiu, no século VI, a primeira Ordem de Advogados no

¹³ LOURES, Alexandre. CASTRO, Flavio. A (r)evolução da publicidade durante a pandemia. **Revista Exame**, 06 de outubro de 2020. Disponível em: <https://exame.com/bussola/a-revolucao-da-publicidade-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 25 de mar. 2021.

¹⁴ SILVA, Tiago Ferreira da. **A Deontologia Jurídica e a sua aplicação no âmbito do direito moderno**. Jus.com.br, Bahia, out. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86138/a-deontologia-juridica-e-a-sua-aplicacao-no-ambito-do-direito-moderno>. Acesso em: 18 de abr. 2021.

¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Império Romano do Oriente, obrigando o registro a quantos fossem advogar no foro.¹⁶

Em agosto de 1921, foi editado o primeiro Código de Ética Profissional da Ordem dos Advogados do Brasil, no referido código havia previsão a respeito da “propaganda indireta” e anúncios, nestes termos:

Art. 12 - É igualmente contrário à ética profissional solicitar serviços ou causas, bem como angariar estas ou aqueles por intermédio de agentes de qualquer ordem ou classe. Nem mesmo pode ser tolerada, aberrante como é das tradições da nobre profissão da advocacia, a propaganda indireta, por meios provocados, de informações e comentários da imprensa sobre a competência do advogado, excepcional importância da causa, magnitude dos interesses confiados ao seu patrocínio e quejandos reclamos. Não é defeso, entretanto, anunciar o exercício da profissão ou escritório, pela imprensa e indicadores, ou por outros modos em uso, declarando suas qualidades, títulos ou graus científicos.¹⁷

Percebe-se que o dispositivo faz menção à “propaganda indireta”, que afrontaria as tradições na nobre profissão da advocacia. As tradições referidas no Código de Ética daquela época colocavam a advocacia não como mera atividade profissional, pela qual o advogado recebia remuneração, mas, sim, como atividade de honra, de solidariedade em busca da justiça.

Subsequentemente, mesmo com a profissionalização da advocacia, manteve-se parte deste costume, de modo que os advogados não recebiam pagamento, senão, sim, presentes dados espontaneamente pelas pessoas a quem ajudavam com seus serviços.

Acredita-se que tenha sido nesse contexto que surgiu a ideia de proibição da mercantilização da profissão e limitação da publicidade. O termo “mercantilização” deriva de “mercado”, que corresponde à local de compra, venda e troca de bens e de

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁷ CRÉDITO à A publicidade na advocacia. **Migalhas**, 9 de set. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245273/a-publicidade-na-advocacia>. Acesso em: 25 de mai. 2021.

serviços, ou seja, um comércio, acreditando-se que a prestação advocatícia não poderia ser comercializada como um outro serviço qualquer.¹⁸

3.2 DEONTOLOGIA JURÍDICA

A Deontologia é a ciência que tem como objeto de estudo a conduta humana no contexto dos fundamentos filosóficos e da ética. Também pode ser conceituada como a ciência do dever, independentemente de questões axiológicas que levam à prática de determinado ato, mas apenas pelo cumprimento do que é considerado correto.¹⁹

Para exemplificar, a deontologia é uma forma de organização do comportamento, exigido de acordo com os valores de cada sociedade, flexível, dinâmico, mas com imposições e limites que possibilitam certo equilíbrio à convivência humana e à ordem social. Assim como as empresas necessitam de uma organização racional no desenvolvimento de suas atividades e de distribuição de deveres, o homem necessita de princípios que norteiem a sua conduta.²⁰

É a deontologia uma ciência do gênero prática e não especulativa, versa não sobre a natureza do Direito ou sobre quais as normas ou fatos jurídicos vigentes, mas sobre como deve ser a conduta dos profissionais do Direito.²¹

Para que o homem possa viver em sociedade, é necessário que sejam impostas regras de condutas, permitindo, assim, a delimitação de como se deve ou não agir e punindo os que desrespeitem as referidas regras, proporcionalmente. O mesmo se aplica em determinados grupos profissionais, onde, para que prevaleçam a honestidade e a probidade dos agentes,

¹⁸ STRAZZI, Alessandra. **Por que a OAB é tão rigorosa quanto à publicidade na advocacia?** Jusbrasil, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/890552517/por-que-a-oab-e-tao-rigorosa-quanto-a-publicidade-na-advocacia>. Acesso em: 25 de mai. 2021.

¹⁹ GEBARA, Nadia Sater. Aspectos basilares da deontologia jurídica como ciência do comportamento humano. **Revista Jurídica Unigran**. Mato Grosso do Sul, v. 13, n. 27, 2012.

²⁰ ROQUE, Sebastião José. **Deontologia Jurídica: ética profissional do advogado**. São Paulo: ÍCONE, 2009.

²¹ COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia Jurídica: ética das profissões jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

faz-se necessário haver uma regulação de condutas, com o fito de conduzir o comportamento destes grupos, evitando que tais práticas possam se repetir gerando desonra à ética que se propõem.²²

De acordo com Nalini, a deontologia jurídica há de compreender e sistematizar, inspirada na ética profissional, o status dos distintos profissionais e seus deveres específicos que resultam das disposições legais e das regulações deontológicas, aplicadas à luz dos critérios e valores previamente honrados pela ética profissional. Por isso, há que distinguir os princípios deontológicos de caráter universal (probidade, desinteresse, decore) e os que resultam vinculados a cada profissão jurídica em particular: a imparcialidade do juiz, a liberdade no exercício profissional da advocacia, por exemplo.²³

Consoante o princípio fundamental da deontologia forense²⁴, o profissional do Direito deve ter em mente que ele possui uma grande responsabilidade, não só em relação à aplicação da lei no caso concreto, mas a de saber como aplicá-la da maneira mais correta e efetiva.

Nesse sentido, Miguel Reale entende que:

O homem pelo Direito, adquire uma inserção no processo social e adquire uma consciência aguda da transformação da comunidade. Não é ele apenas o técnico do Direito, quando tem vocação deontológica. O Direito não se exaure como função técnica, porque se completa deontologicamente. E essa autoconsciência reflexa não é uma imposição profissional, e sim algo além do pragmatismo jurídico, um privilégio de quem tem algo a dar à humanidade.²⁵

Não obstante ao conhecimento técnico, será ainda necessário que o operador do Direito atue com zelo aos princípios e valores sociais, devendo impor comportamentos voltados para as mudanças e avanços que a sociedade lhe

²² NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

²³ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

²⁴ SILVA, Tiago Ferreira da. **A Deontologia Jurídica e a sua aplicação no âmbito do direito moderno**. Jus.com.br, Bahia, out. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86138/a-deontologia-juridica-e-a-sua-aplicacao-no-ambito-do-direito-moderno>. Acesso em: 18 de abr. 2021.

²⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

propõe, sempre atuando em respeito à ciência, com consciência perante seus colegas e jurisdicionados.²⁶

3.3 CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA E O ESTATUTO DA OAB

O Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Lei Federal nº 8.906/94, pretendia substituir a Lei nº 4.215/63 e se baseou no art. 133 da Constituição Federal. Visava a uma lei mais atualizada, que guarnecesse os advogados de uma ferramenta mais atualizada e compacta. Até antes da entrada em vigor do Estatuto da Advocacia, a profissão do advogado era regulamentada pela Lei nº 4.215/63, que possuía 158 artigos. Para se ter uma ideia, a Lei atual conta com 87 artigos.²⁷

O já referido Código de Ética foi aprovado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em agosto de 1921. O pioneirismo foi obra do então presidente do Instituto, professor Francisco Antônio de Almeida Morato, que redigiu o código.²⁸

Segundo o Portal da Memória da OAB/SP, foi apenas em 1922 que o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) designou uma comissão para apresentar um projeto de Código de Ética. Levy Carneiro, que participava da comissão, observou, em um relatório, que o IASP discutiu detidamente e votou um Código de Ética Profissional detalhado. A qualidade do trabalho e a conveniência de que a obra planejada refletia o sentimento dominante nos principais centros do país levaram a comissão a oferecer ao IAB o Código aprovado pelo órgão paulista.²⁹

²⁶ SILVA, Tiago Ferreira da. **A Deontologia Jurídica e a sua aplicação no âmbito do direito moderno**. Jus.com.br, Bahia, out. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86138/a-deontologia-juridica-e-a-sua-aplicacao-no-ambito-do-direito-moderno>. Acesso em: 18 de abr. 2021.

²⁷ KAGEYAMA, André. **Guia comentado do Estatuto da Advocacia e da OAB** (Lei 8.906/94). Blog da Aurum, Santa Catarina, 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/estatuto-da-advocacia/>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

²⁸ CRÉDITO à Código de Ética Profissional. **Portal da memória OAB/SP**, São Paulo. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/codigo-de-etica-profissional/>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

²⁹ CRÉDITO à Código de Ética Profissional. **Portal da memória OAB/SP**, São Paulo. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/codigo-de-etica-profissional/>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

Extraí-se ainda do Portal da Memória, que, em 1931, com a criação da OAB, atribui-se ao Conselho Federal a competência para votar e alterar o Código de Ética Profissional. Em maio de 1933, o Conselho Federal decidiu iniciar o estudo e o debate do projeto de Código de Ética enviado pelo IAB, nomeando para relator João de Matos, representante da Secção do Maranhão. As discussões do parecer prosseguiram e o Conselho, depois de avaliar as várias emendas de Carneiro, aprovou o Código de Ética Profissional em 25 de julho de 1934, o código entrou em vigor em 15 de novembro daquele ano.³⁰

O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94), regulamenta e dispõe dos requisitos para ser advogado, da estrutura da OAB, da ética profissional, dos processos disciplinares, entre outros.

Referido Estatuto não é a única norma que tem como objeto a profissão de advogado, o Código de Ética e Disciplina, como o próprio nome indica, tem foco na regulamentação da ética, tratada nos artigos 31 a 33 do Estatuto e também aborda a disciplina, consoante nos artigos 34 a 43 do Estatuto. Pode-se dizer que o Estatuto da Advocacia é uma norma de caráter mais geral do que o Código de Ética e Disciplina.³¹

Entre os assuntos específicos disciplinados pelo Código de Ética e Disciplina, estão as relações com o cliente, o sigilo profissional, a publicidade dos serviços jurídicos e a cobrança dos honorários advocatícios.³²

Aqui faz-se um parêntese para deixar claro como a OAB leva em conta a questão da Ética na Advocacia, dedicando 4 artigos para tratar do procedimento disciplinar, que é o processo por onde a OAB apura as faltas éticas – violações das regras

³⁰ CRÉDITO à Código de Ética Profissional. **Portal da memória OAB/SP**, São Paulo. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/codigo-de-etica-profissional/>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

³¹ CRÉDITO à Estatuto da advocacia: o que é e para que serve essa norma. **Blog SAJ ADV**, 09 de novembro de 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/estatuto-da-advocacia/>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

³² CRÉDITO à Estatuto da advocacia: o que é e para que serve essa norma. **Blog SAJ ADV**, 09 de novembro de 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/estatuto-da-advocacia/>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

éticas cometidas por advogados ou estagiários inscritos nos quadros da OAB.³³

O Código de Ética vigente traz um capítulo sobre publicidade, do qual é possível extrair os princípios e diretrizes aplicáveis às novas mídias, porque diz respeito ao conteúdo do que se pretende veicular, à exemplo do artigo 39, que assim disciplina:

Artigo 39. A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.³⁴

A sobriedade da advocacia, pelo que se extrai da norma em vigor, não permite que o advogado ingresse por sua iniciativa e ação, física ou virtualmente, na esfera de privacidade do cliente para conquistá-lo, mas pode disponibilizar informações para que aquele o escolha.³⁵

A captação de clientela é vedada, portanto, por todos e quaisquer meios de publicidade e divulgação existentes. Esse é o comando indispensável que motiva a análise de qualquer forma de divulgação existente, na forma dos artigos 41 e 46, do referido Código de Ética:

Art. 41. As colunas que o advogado mantiver nos meios de comunicação social ou os textos que por meio deles divulgar não deverão induzir o leitor a litigar nem promover, dessa forma, captação de clientela.

Art. 46. A publicidade veiculada pela internet ou por outros meios eletrônicos deverá observar as diretrizes estabelecidas neste capítulo. Parágrafo único. A telefonia e a internet podem ser utilizadas como veículo de publicidade, inclusive para o envio de mensagens a destinatários certos,

³³ CRÉDITO à Estatuto da advocacia: o que é e para que serve essa norma. **Blog SAJ ADV**, 09 de novembro de 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/estatuto-da-advocacia/>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

³⁴ BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 25 de abr. 2021.

³⁵ BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 25 de abr. 2021.

desde que estas não impliquem o oferecimento de serviços ou representem forma de captação de clientela.³⁶

A alteração do veículo de informação não afasta as orientações já traçadas para o conteúdo da mídia (atualmente, cada vez mais em formato digital), como as redes sociais: LinkedIn, Facebook, Instagram e Youtube. As chamadas novas mídias e os mais atuais (para não dizer modernos) veículos de imprensa continuam a se submeter ao princípio da não-mercantilização do exercício da advocacia³⁷, conforme dispõe o artigo 5º do Código de Ética e Disciplina³⁸ “O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”.

O passar do tempo permite a atualização da profissão, não sua mercantilização, tampouco que a pretexto disso se passe a veicular propaganda, cujo conceito difere de publicidade, como bem posto pelo I. Conselheiro Luiz Antônio Gambelli:

Há uma diferença muito grande entre publicidade e propaganda. A propaganda cria estímulo, incentiva demanda e faz uso da ampla divulgação por meio de todos os veículos. Usa a imagem, o som, os recursos gráficos, a informática, luminosos, placas, faixas, panfletos, encartes, mala direta, televisão, cinema, rádio, alto-falantes, carros de som. A

³⁶ BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 25 de abr. 2021.

³⁷ BRASIL. Turma Deontológica Do Tribunal De Ética E Disciplina De São Paulo. **Processo E-5.181/2019**. Publicidade E Propaganda – Distinção – Mídia Digital – Redes Sociais E Internet – Possibilidade – Material Institucional E Jurídico-Científico – Limites Éticos Aplicáveis Ao Conteúdo Já Consolidados Para A Mídia Impressa - Bom Senso E Sobriedade Ínsitos À Profissão – Proibição A Captação De Clientela – Blog Com Possibilidade De Consulta De Caso Concreto – Identificação De Público: Jovens Advogados – Posturas Que Tangenciam Condutas Que Configuram Infracção De Cunho Ético-Disciplinar – Ausência De Competência Da Turma Deontológica Para Homologação De Modelos – Sugestão De Remessa À Residência Do Tribunal De Ética E Disciplina Para Análise De Cabimento De Procedimento De Apuração No Âmbito Das Turmas Disciplinares. Precedentes: E-4.914/2017, E-4.644 /2016, E-4.484/2015, E-4.343/2014, E-4.176/2012, E-4.278/2013, E-4.424/2014, E-4.317/2013, E-4.373/2014, E-4.430/2014, E-4.282/2013 E E-4.296/2013. Proc. E-5.181/2019 - V.U., Em 27/03/2019, Do Parecer e Ementa da Rel. Dra. Cristiana Corrêa Conde Faldini, Rev. Dr. Luiz Antônio Gambelli - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2019/E-5-181-2019>. Acesso em: 25 de abr. 2021.

³⁸ BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 25 de abr. 2021.

publicidade não cria estímulo. É mais discreta porque seu objetivo é o de tornar pública uma informação dirigida a um público mais reservado.³⁹

Além das legislações mencionadas anteriormente, a publicidade na advocacia também encontra suporte no Provimento N^o 94/2000, que dispõe sobre a publicidade, a propaganda e a informação da advocacia. O referido provimento menciona em seu 1^o artigo:

Art. 1^o É permitida a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados, contanto que se limite a levar ao conhecimento do público em geral, ou da clientela, em particular, dados objetivos e verdadeiros a respeito dos serviços de advocacia que se propõe a prestar, observadas as normas do Código de Ética e Disciplina e as deste Provimento.⁴⁰

A advocacia possui algumas particularidades e, em se tratando de publicidade jurídica, encontra-se alguns limites e barreiras, pois o profissional é pautado pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Estatuto da Advocacia e Provimento n^o 94/2000. Destaca-se que o referido provimento encontra-se desatualizado, porém o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil está prestes a aprovar um novo, para complementar o que está omissos no Código de Ética e Disciplina em relação à publicidade nas redes sociais.⁴¹

³⁹ BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. **Processo E-5.213/2019**. Ementa. Publicidade – divulgação na publicidade do advogado ou da sociedade de advogados de constar na lista ou ranking dos melhores advogados em revistas ou sites jurídicos – publicidade com poder de propaganda, autopromoção e insinuação de ter maior capacidade técnica - vedação ética. proc. E-5.213/2019 - v.u., em 22/05/2019, do parecer e ementa do rel. Dr. Luiz Antônio Gambelli, rev. Dra. Ana Lélis De Oliveira Garbim - presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-dE-etica-E-disciplina/ementario/2019/E-5-213-2019>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

⁴⁰ BRASIL. **Provimento N^o 94/2000**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/94-2000>. Acesso em: 25 de abr. 2021.

⁴¹ CRÉDITO à Proposta da OAB libera posts patrocinados e utilização do Google Ads. **Migalhas**, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/342241/proposta-da-oab-libera-posts-patrocinados-e-utilizacao-do-google-ads>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

4 A PUBLICIDADE NA ADVOCACIA

É permitia a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados, contando que se limite a levar ao conhecimento público dados objetivos e verdadeiros a respeito dos serviços da advocacia que se propõe prestar. O avanço da tecnologia e a influência das redes sociais como forma de comunicação exigem do profissional da advocacia desenvolvimento de novas habilidades, principalmente relacionadas à publicidade e ao marketing digital.

4.1 ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DA TURMA DEONTOLÓGICA DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB DE SÃO PAULO

A partir da seleção de julgados da Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo, extraem-se os posicionamentos destes acerca da publicidade na advocacia e seus limites éticos. Este trabalho restou limitado, pois os processos disciplinares dos demais estados correm em segredo de justiça, impossibilitando uma análise de forma ampla em relação aos tribunais de ética do país.

No entanto, no site da Seccional Paulista, há uma página dedicada ao Tribunal de Ética e Disciplina contendo acervo dos casos julgados pela Turma Deontológica, o qual, a partir de 2020, passou a trazer a íntegra dos pareceres, e não apenas as ementas dos julgamentos. Neste sentido, foi feita uma análise de alguns julgados do ano de 2020.

A Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo foi consultada por um consultante com questionamento a respeito da criação de um canal do YouTube com vídeos voltados a tirar dúvidas enviadas pelos clientes no e-mail institucional do seu escritório.

O processo de n. E-5.460/2020, de relatoria do Dr. Ricardo Bernardi, conselheiro da Primeira Turma de Ética Profissional de São Paulo, discorre em seu parecer que é fato que a tecnologia tem trazido novas ferramentas de

comunicação, a exemplo dos canais de “YouTube”. Contudo, as normas éticas são as mesmas e devem ser sempre observadas, independentemente do canal de comunicação desenvolvido pelas novas tecnologias, complementa:

Neste sentido, a utilização de plataformas eletrônicas, aplicativos, mídias sociais, *podcast*, *YouTube* e tudo o que mais está por vir, certamente poderá beneficiar a prática da advocacia. Tais ferramentas podem e devem ser utilizadas pelos advogados, mas sempre observados os princípios éticos balizadores da publicidade na profissão.⁴²

Para Bernardi, é evidente que o advogado pode fazer uso da plataforma YouTube, desde que respeitadas as normas éticas aplicáveis à publicidade profissional previstas nos artigos 39 e seguintes do Código de Ética e Disciplina e Provimento 94/2000 da OAB, ou seja, desde que assegurado caráter meramente informativo, primando pela discrição, moderação e sobriedade, que não configure mercantilização da profissão, não impliquem oferecimento de serviços, não estimule a litigância nem tenha por escopo a captação de clientela.

No que diz respeito à existência de objeção com relação à criação de um canal no YouTube, o relator destaca que o artigo 5º do Provimento 94 permite o uso de internet como veículo de informação publicitária da advocacia, esclarecendo, o seu parágrafo único, que páginas mantidas nos meios eletrônicos de comunicação podem fornecer informações a respeito de eventos, de conferências e outras de conteúdo jurídico, úteis à orientação geral, contanto que estas últimas não envolvam casos concretos nem mencionem clientes.

Em outra consulta, dessa vez formulada pela Presidência e Comissão de Ética e Disciplina da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, questiona-se, hipoteticamente, acerca do tema da publicidade, mais

⁴² BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. **Processo E-5.460/2020**. Criação de canal no *Youtube* – divulgação de E-mail institucional de escritório de advocacia – exibição de vídeos em site institucional do escritório. Proc. E-5.460/2020 - v. u., em 10/03/2021, parecer e ementa do Rel. Dr. Ricardo Bernardi, Rev. Dr. Eduardo Augusto Alckmin JACOB - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/e-5-460-2020>. Acesso em: 10 mai. 2021.

especificamente em redes sociais. Solicita-se informações sobre advogado que em uma determinada rede social explica um determinado assunto dentro de sua especialidade e, abaixo desta, coloca foto de seu slogan, com botão de “agende a sua consulta” que direciona automaticamente para o “WhatsApp” daquele profissional.

O processo de n. 5.472/2020, de relatoria do Dr. Syllas Kok Ribeiro, também membro da Primeira Turma de Ética Profissional de São Paulo, em seu parecer traz, assim como no caso anterior, que é evidente que a forma de interação entre os profissionais com os seus clientes tem sido cada vez mais dinâmica, especialmente pelo avanço tecnológico dos últimos anos. Principalmente, na realidade que nos encontramos em razão da pandemia do novo coronavírus que atingiu todas as categorias, é possível ver como a advocacia se reinventou na relação com os seus clientes, com o judiciário e, por consequência, com a publicidade.

E continua:

Reitero, inclusive, em voto recente proferido, que esta nova situação, porém, trouxe um lado infeliz e triste para a advocacia, pois, constantemente vemos nossos colegas se utilizando das plataformas online, especialmente das redes sociais, como uma espécie de autopublicidade imoderada, sem se atentar aos princípios norteadores da nossa classe, expondo clientes, casos, sigilos, sempre na busca incessante de “likes” que desdobrem em novos clientes.⁴³

Para o relator, o profissional que se utiliza da sua rede social para tratar de tema de maneira genérica que esteja relacionado à sua especialidade e à sua área de atuação, bem como a título informativo não afronta as normas éticas previstas no referido ordenamento, desde que não promova a captação indevida de clientela.

⁴³ BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. Publicidade – internet – Whatsapp - caráter informativo - possibilidade. **Proc. E-5.472/2020 - v. u.**, em 10/02/2021, parecer e ementa do Rel. Dr. Syllas Kok Ribeiro, Rev. Dr. Anselmo Prieto Alvarez - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/e-5-472-2020>. Acesso em: 10 de mai. 2021.

Consoante o caráter informativo previsto no caput do artigo 39 do Código de Ética e Disciplina, prevê exatamente tais circunstâncias, apesar de entender que o citado botão de “agende a sua consulta” com “link” direto para o WhatsApp do profissional não seja o mais adequado e jamais deve estimular a judicialização. Deveria o profissional, com base no artigo 44 do Código de Ética e Disciplina, apenas disponibilizar o seu nome ou da sociedade de advogados com o número da inscrição na OAB, e não uma forma de contato tão ostensiva quanto a citada.

No processo 5.446/2020, de relatoria do Dr. Fábio Teixeira Ozi, conselheiro da Primeira Turma de Ética Profissional de São Paulo, em que o consulente consulta a Turma Deontológica a respeito da possibilidade de utilização da plataforma “Google Ads”⁴⁴ para publicidade de escritório de advocacia.

Conforme mencionado alhures, é lícita a publicidade de advogado em sites ou redes sociais, desde que sejam observados os limites e condições impostos pelo Código de Ética e Disciplina e pelo Provimento n. 94/2000 do Conselho Federal.

De acordo com Ozi, entende ser possível a utilização de conteúdo patrocinado como forma de publicidade de advogado, na medida em que não há, no regramento da publicidade dos advogados, óbice que impeça a sua utilização.

Declara, ainda que:

As redes sociais utilizam algoritmos que selecionam o que é visto pelos usuários, de forma que o alcance orgânico de uma publicação é por vezes incrementado ou reduzido. Nesse sentido, as plataformas permitem que pessoas físicas ou jurídicas, que desejem ampliar o alcance de determinado conteúdo, possam valer-se da ferramenta do impulsionamento.⁴⁵

⁴⁴ **Google Ads** (que era conhecido como Google AdWords e Google AdWords Express) é uma solução de publicidade on-line que as empresas usam para promover os seus produtos e serviços na Pesquisa Google, no YouTube e em outros sites na Web. Ele também permite que as empresas escolham metas específicas para os anúncios, como gerar mais chamadas telefônicas ou visitas ao site.

⁴⁵ BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. Publicidade – Conteúdo Patrocinado Ou Impulsionamento – Possibilidade – Observância Das Normas Pertinentes À Publicidade. **Proc. E-5.446/2020** - v.u., em 09/12/2020, do parecer e ementa do Rel. Dr. Fábio

Por fim, conclui o relator Fábio Teixeira Ozi:

Não há, a meu ver, violação ética na utilização dessa ferramenta. Redes sociais demandam busca do usuário, ainda que lhe possam ser sugeridas publicações aderentes ao perfil traçado para ele.

[...]

Por outro lado, entendo que caberá ao advogado analisar se a expressão a que pretende se vincular na plataforma é adequada aos termos do CED e do Provimento 94/2000, do Conselho Federal da OAB. É proibida qualquer conotação mercantilista ou de autopromoção, sob pena configurar ilegal captação de clientela, vedada pelo CED.⁴⁶

Isto posto e, pelas razões acima, observa-se que a contratação de anúncio patrocinado não configura infração ética, cabendo ao advogado verificar se as expressões de busca que se pretende adotar estão de acordo com as diretrizes do Código de Ética e Disciplina e do Provimento 94/2000.

Em síntese, percebe-se que ainda surgem muitas dúvidas em relação ao uso das redes sociais na advocacia, porém, mesmo com toda transformação tecnológica, é preciso observar os limites e condições impostos pelo Código de Ética e Disciplina e pelo Provimento n. 94/2000 do Conselho Federal.

Nota-se que é pacífico o entendimento da Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo, no sentido de que é permitida a utilização das redes sociais pelo advogado, desde que com caráter meramente informativo e sem conotação mercantilista.

Teixeira Ozi, Rev. Dra. Camila Kuhl Pinatrelli - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/e-5-446-2020>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁴⁶ BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. Publicidade – Conteúdo Patrocinado Ou Impulsionamento – Possibilidade – Observância Das Normas Pertinentes À Publicidade. **Proc. E-5.446/2020** - v.u., em 09/12/2020, do parecer e ementa do Rel. Dr. Fábio Teixeira Ozi, Rev. Dra. Camila Kuhl Pinatrelli - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/e-5-446-2020>. Acesso em: 10 mai. 2021.

4.2 A PUBLICIDADE, A ADVOCACIA E AS REDES SOCIAIS

Com a transformação digital nos mais diversos ramos, faz-se relevante observar a necessidade de adaptação das competências requeridas por essa evolução, nas mais diversas profissões, uma vez que o impacto causado por aquelas no mercado de trabalho exigirá de seus profissionais novas habilidades. A área jurídica é apontada como a seara profissional que terá forte impacto da tecnologia, sendo necessário rever as habilidades atuais desenvolvidas pelos profissionais.⁴⁷

Para Tatiana Aponte⁴⁸, advogada e especialista em marketing jurídico, identidade visual, marca, paleta de cores, tipografia, calendário editorial, gestão de redes sociais, autoridade, relevância, nicho, engajamento, atendimento ao cliente, são apenas algumas expressões que, até pouco tempo atrás, eram exclusivas das áreas de comunicação e marketing e, portanto, desconhecidas dos profissionais do Direito.

Ainda nesse sentido, uma breve busca pelos termos “marketing jurídico” e “marketing para advogados” no *Google Trends*, ferramenta que permite acompanhar a evolução do número de buscas de determinada palavra ao longo do tempo, é suficiente para justificar que a tendência vem aumentando e, certamente, terá uma importância para advocacia muito maior do que se supõe.⁴⁹

É possível dizer que todas atividades profissionais e a própria dinâmica social já estava em transformação, mas com a presente vivência de distanciamento social, em razão da pandemia causada pela Covid-19, intensificaram-se essas mudanças na forma como as pessoas se comunicam. Com o

⁴⁷ SALES, M. M. L.; BEZERRA, M. Q. M. Os avanços tecnológicos do século XXI e o desenvolvimento de habilidades necessárias ao profissional do Direito a partir das abordagens das Universidades de Harvard e Stanford. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Ceará, v. 23, n. 4. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8016>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁴⁸ APONTE, Tatiana. Marketing jurídico é uma evolução em andamento dentro do Direito. **Consultor Jurídico**, 1 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-01/aponte-marketing-juridico-evolucao-andamento-direito>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁴⁹ APONTE, Tatiana. Marketing jurídico é uma evolução em andamento dentro do Direito. **Consultor Jurídico**, 1 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-01/aponte-marketing-juridico-evolucao-andamento-direito>. Acesso em: 10 mai. 2021.

isolamento social como medida de proteção para a população, as redes sociais tornaram-se, indiscutivelmente, protagonistas do cotidiano humano, promovendo relações pessoais, comerciais e profissionais.⁵⁰

Ana Tereza Palhares Basílio, advogada, classifica o momento como desafiador, uma vez que atualmente a advocacia tem um novo significado, vivenciando tempos de mudanças e reestruturações. É preciso pensar em como atuar profissionalmente, aperfeiçoando a prática da advocacia de acordo com a nova realidade.⁵¹

De acordo com Ary Raghiant Neto e Greice Stocker em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, a OAB vem acompanhando atentamente esse processo de transformação, especialmente entre o advogado e a sociedade, ciente de que, mesmo após o fim da pandemia, alguns hábitos acabarão sendo integrados em definitivo pelos profissionais.⁵²

No entanto, mesmo com todas disposições legais e princípios norteadores do sistema jurídico, a utilização das redes sociais ainda gera muitas dúvidas, pois não existe nenhum regramento específico. Por este motivo, cada vez mais premente a revisão do Provimento n. 94/2000, do Conselho Federal da OAB, que trata sobre a publicidade na advocacia.⁵³

O coordenador do grupo de trabalho da publicidade da OAB, Ary Raghiant Neto, apresentou a proposição que altera o provimento 94. Este optou por apresentar um texto enxuto com 14 artigos, porém moderno e compatível com a atual realidade tecnológica, notadamente em razão desse período pandêmico.

⁵⁰ NETO, Ary Raghiant. STOCKER, Greice. O que esperar do novo provimento da OAB, que regulará a publicidade da advocacia? **Consultor Jurídico**, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/raghiant-neto-stocker-provimento-oab>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁵¹ BASILIO, Ana Teresa. A Tecnologia e à advocacia. **Migalhas**, 26 jun. 2020, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/329637/a-tecnologia-e-a-advocacia>. Acesso em: de mai. 2021.

⁵² NETO, Ary Raghiant. STOCKER, Greice. O que esperar do novo provimento da OAB, que regulará a publicidade da advocacia? **Consultor Jurídico**, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/raghiant-neto-stocker-provimento-oab>. Acesso em: de mai. 2021.

⁵³ NETO, Ary Raghiant. STOCKER, Greice. O que esperar do novo provimento da OAB, que regulará a publicidade da advocacia?. **Consultor Jurídico**, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/raghiant-neto-stocker-provimento-oab>. Acesso em: de mai. 2021.

De acordo com Ary⁵⁴, o que se espera com a aprovação desse texto, é reduzir o grau de incertezas e dúvidas que a redação do Provimento n. 94/2000, com conceitos indeterminados, proporciona à grande maioria dos advogados e advogadas, especialmente da Jovem Advocacia, bem como permitir a utilização de ferramentas tecnológicas para que o profissional possa alcançar seu público-alvo.

Entre a exposição dos motivos e o resumo das principais mudanças propostas está a flexibilização na publicidade para criação de conteúdos jurídicos e técnicos como estratégia de marketing e sua divulgação nas redes sociais. Exatamente por ser a advocacia indispensável à justiça, também cabe à ela, além de defender os direitos dos seus constituintes, fomentar e viabilizar o acesso à informação e ao conhecimento. Em especial para a Jovem Advocacia, já que a forma da comunicação atualmente é por meio das redes sociais e a divulgação de conteúdo é a forma pela qual conseguem se consolidar no mercado.⁵⁵

Ainda, consoante a proposta de alteração do provimento em vigência, está a criação de um comitê regulador com abrangência nacional para pacificar e unificar a interpretação dos temas pertinentes perante os Tribunais de Ética e Disciplina e Comissões de Fiscalização das Seccionais.

No dia 18 de maio de 2021, o Conselho Federal da OAB se reuniu em sessão por videoconferência para discutir tal proposta de alteração do provimento 94/00, os conselheiros concordaram em ouvir o relatório e voto da relatora e, em seguida, estabelecer vistas coletiva para melhor análise do caso. A próxima sessão está prevista para o final de junho deste ano. Portanto, espera-se que, muito em breve, um novo provimento

⁵⁴ CRÉDITO à Proposta da OAB libera posts patrocinados e utilização do Google Ads. **Migalhas**, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/342241/proposta-da-oab-libera-posts-patrocinados-e-utilizacao-do-google-ads>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

⁵⁵ CRÉDITO à Proposta da OAB libera posts patrocinados e utilização do Google Ads. **Migalhas**, 23 de março de 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/BFD7B232A2477A_exposicao-motivos.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

seja aprovado para melhor regulamentar a publicidade na advocacia.⁵⁶

Por fim, modernizar é criar oportunidades através dos meios democráticos para a exposição de conteúdo informativo como as redes sociais. É inegável que as transformações digitais e da própria advocacia estão acontecendo e negar esta transição é contrariar o acesso de grande parcela da advocacia à própria atividade e fomentando a manutenção de um mercado que exclui, principalmente, quem está chegando agora.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe um pensamento preestabelecido de que é inviável o uso da publicidade ou do marketing no meio jurídico, pois estes métodos são vistos como contrários ao Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Atualmente, vive-se um momento de grande transformação tecnológica e com a atual experiência de distanciamento social, aceleraram-se a forma como as pessoas se relacionam e se comunicam, tornando as redes sociais ferramenta imprescindível para diversos profissionais. O avanço tecnológico e a intervenção das redes sociais nas relações humanas, requerem do profissional da advocacia desenvolvimento de novas competências, principalmente no que tange a publicidade.

Com isso, em que pese o tema esteja em destaque, o advogado encontra dificuldades em praticar a publicidade na sua rotina profissional, pois o ordenamento em vigência é vago em determinados aspectos, principalmente quando se trata de publicidade nas redes sociais. O atual provimento está prestes a ser alterado e, caso seja aprovado, irá trazer maior flexibilização na utilização das redes sociais quando se tratar de divulgação de conteúdos jurídicos e técnicos compreendidos como uma estratégia de marketing permitida.

⁵⁶ CRÉDITO à OAB adia discussão sobre novas regras de publicidade na advocacia. **Migalhas**, 18 mai. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/345718/oab-adia-discussao-sobre-novas-regras-de-publicidade-na-advocacia>. Acesso em: 18 mai. 2021.

O presente trabalho restou limitado, porquanto os processos disciplinares e pareceres dos Tribunais de Ética e Disciplina do país, com exceção do Tribunal de São Paulo, encontram-se em segredo de justiça, prejudicando uma análise mais ampla em relação ao entendimento dos referidos tribunais no que tange à publicidade na advocacia, principalmente tocante às redes sociais.

Percebe-se que, em decorrência da falta de regramento em específico, surgem muitas dúvidas do profissional da advocacia em relação ao uso das redes sociais como forma de divulgação de conteúdos jurídicos sem que possa caracterizar captação de clientela e mercantilização da profissão.

Nesse diapasão, assim como o direito se modifica na medida que a sociedade muda, se relacionando com o tempo e o contexto social, deverá também o advogado acompanhar tais mudanças, criando oportunidades através dos meios democráticos, principalmente para aqueles que estão iniciando na advocacia agora.

REFERÊNCIAS

APONTE, Tatiana. Marketing jurídico é uma evolução em andamento dentro do Direito. **Consultor Jurídico**, 1 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-01/aponte-marketing-juridico-evolucao-andamento-direito>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BASILIO, Ana Teresa. A Tecnologia e a advocacia. **Migalhas**, 26 jun. 2020, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/329637/a-tecnologia-e-a-advocacia>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. Publicidade – conteúdo patrocinado ou impulsionamento – possibilidade – observância das normas pertinentes à publicidade. **Proc. E-5.446/2020** - v.u., em 09/12/2020, do parecer e ementa do rel. Dr. Fábio Teixeira Ozi, Rev. Dra. Camila Kuhl Pinatrelli - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-dE-etica-E-disciplina/ementario/E-5-446-2020>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. **Processo E-5.460/2020**. Criação de canal no youtube – divulgação de email institucional de escritório de advocacia – exibição de vídeos em site institucional do escritório.proc. E-5.460/2020 - v.u., em 10/03/2021, parecer e ementa do rel. Dr. Ricardo Bernardi, Rev. Dr. Eduardo Augusto Alckmin Jacob - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-dE-etica-E-disciplina/ementario/E-5-460-2020>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. Publicidade – internet – whatsapp - caráter informativo - possibilidade. **proc. E-5.472/2020** - v.u., em 10/02/2021, parecer e ementa do rel. Dr. Syllas Kok Ribeiro, Rev. Dr. Anselmo Prieto Alvarez - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-dE-etica-E-disciplina/ementario/E-5-472-2020>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. **Provimento nº 94/2000**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/94-2000>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. **Processo E-5.181/2019**. Publicidade e Propaganda – distinção – mídia digital – redes sociais e internet – possibilidade – material institucional e jurídico-

científico – limites éticos aplicáveis ao conteúdo já consolidados para a mídia impressa - bom senso e sobriedade insitos à profissão – proibição a captação de clientela – blog com possibilidade de consulta de caso concreto – identificação de público: jovens advogados – posturas que tangenciam condutas que configuram infração de cunho ético-disciplinar – ausência de competência da turma deontológica para homologação de modelos – sugestão de remessa à residência do tribunal de ética e disciplina para análise de cabimento de procedimento de apuração no âmbito das turmas disciplinares. Proc. E-5.181/2019 - v.u., em 27/03/2019, do parecer e ementa da rel. Dra. Cristiana Corrêa Conde Faldini, Rev. Dr. Luiz Antonio Gambelli - Presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-dE-etica-E-disciplina/ementario/2019/E-5-181-2019>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Primeira Turma Deontológica do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo. **Processo E-5.213/2019**. Ementa. Publicidade – divulgação na publicidade do advogado ou da sociedade de advogados de constar na lista ou ranking dos melhores advogados em revistas ou sites jurídicos – publicidade com poder de propaganda, autopromoção e insinuação de ter maior capacidade técnica - vedação ética. proc. E-5.213/2019 - v.u., em 22/05/2019, do parecer e ementa do rel. Dr. Luiz Antonio Gambelli, rev. Dra. Ana Lélis De Oliveira Garbim - presidente Dr. Guilherme Martins Malufe. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-dE-etica-E-disciplina/ementario/2019/E-5-213-2019>. Acesso em: 20 abr. 2021.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia Jurídica**: ética das profissões jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CRÉDITO à A publicidade na advocacia. **Migalhas**, 9 de set. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245273/a-publicidade-na-advocacia>. Acesso em: 25 de mai. 2021.

CRÉDITO à Código de Ética Profissional. **Portal da memória OAB/SP**, São Paulo. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/codigo-de-etica-profissional/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CRÉDITO à Estatuto da advocacia: o que é e para que serve essa norma. **Blog SAJ ADV**, 09 de novembro de 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/estatuto-da-advocacia/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CRÉDITO à OAB adia discussão sobre novas regras de publicidade na advocacia. **Migalhas**, 18 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/345718/oab-adia-discussao-sobre-novas-regras-de-publicidade-na-advocacia>. Acesso em: 18 mai. 2021.

CRÉDITO à Proposta da OAB libera posts patrocinados e utilização do Google Ads. **Migalhas**, 23 de março de 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/BFD7B232A2477A_exposicao-motivos.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

DUARTE, Ramón Sanchez. **Levantamento histórico das agências de publicidade em São José dos Campos**. Paraíba: Universidade do Vale do Paraíba, 2018. p. 15.

GEBARA, Nadia Sater. Aspectos basilares da deontologia jurídica como ciência do comportamento humano. **Revista Jurídica Unigran**. Mato Grosso do Sul, v. 13, n. 27, 2012.

GONÇALVEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**. – Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009, p.11.

GONÇALVEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**. – Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009, p. 25.

KAGEYAMA, André. Guia comentado do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94). **Blog da Aurum**, Santa Catarina,

2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/estatuto-da-advocacia/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOURES, Alexandre. CASTRO, Flavio. A (r)evolução da publicidade durante a pandemia. **Revista Exame**, 06 de outubro de 2020. Disponível em: <https://exame.com/bussola/a-revolucao-da-publicidade-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 25 mar. 2021.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

NETO, Ary Raghiant. STOCKER, Greice. O que esperar do novo provimento da OAB, que regulará a publicidade da advocacia?. **Consultor Jurídico**, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/raghiant-neto-stocker-provimento-oab>. Acesso em: 10 mai. 2021.

RABAÇA, Carlos A. e BARBOSA, Gustavo. **Dicionário de comunicação**. Ática, São Paulo, 1987, p.481.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

ROQUE, Sebastião José. **Deontologia jurídica: (ética profissional do advogado)**. São Paulo: ÍCONE, 2009.

SALES, M. M. L.; BEZERRA, M. Q. M. Os avanços tecnológicos do século XXI e o desenvolvimento de habilidades necessárias ao profissional do Direito a partir das abordagens das Universidades de Harvard e Stanford. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Ceará, v. 23, n. 4. 2018. Disponível em:

<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8016>. Acesso em: 10 mai. 2021.

SEVERINO, E. F.; GOMES, N. V.; VICENTINI, S. A história da publicidade brasileira. **Revista de periódicos eletrônicos**, Franca, v. 6, n. 1, 2011.

SILVA, Tiago Ferreira da. A Deontologia Jurídica e a sua aplicação no âmbito do direito moderno. **Jus.com.br**, Bahia, out. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86138/a-deontologia-juridica-e-a-sua-aplicacao-no-ambito-do-direito-moderno>. Acesso em: 18 abr. 2021.

STRAZZI, Alessandra. Por que a OAB é tão rigorosa quanto à publicidade na advocacia?. **Jusbrasil**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/890552517/por-que-a-oab-e-tao-rigorosa-quanto-a-publicidade-na-advocacia>. Acesso em 25 mai. 2021.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: UMA ANÁLISE DA EXTRADIÇÃO DE BRASILEIROS NATOS

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION: AN ANALYSIS OF THE EXTRADITION OF BRAZILIAN NATOS

Bianca de Sousa Justino¹
Ana Cristina Corrêa Melo²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a possível incongruência entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal de 1988, frente aos institutos de entrega e extradição de brasileiros natos ao crivo do Tribunal Penal Internacional. O estudo analisa o aparato histórico que instituiu o respectivo Tribunal, levando em consideração o anseio mundial de julgar e punir os crimes contra a humanidade, crimes de genocídio, crimes de guerra e de agressão. Será abordado ainda, uma análise relacionada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a (im)possibilidade de “extradição/entrega” de um nascido neste território a Corte Internacional Criminal, bem como proceder-se-á um estudo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Para a presente pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo e para a coleta de dados foram utilizados a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental com análise de jurisprudência. Os resultados obtidos com a pesquisa demonstram que extradição e entrega são institutos diferentes, portanto, no ordenamento jurídico pátrio, não existe vedação a entrega de brasileiros natos ao Tribunal Penal Internacional.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: endereço de e-mail do Autor do artigo.

² Coordenadora do Curso de Direito FUCAP Univinte. Professora universitária. Procuradora jurídica no município de Lauro Muller. Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires com reconhecimento pela Universidade de São Paulo.

Palavras-chave: Constituição Federal. Estatuto de Roma. Tribunal Penal Internacional.

Abstract: *This article aims to analyze the possible inconsistency between the Rome Statute and the Federal Constitution of 1988, against the delivery and extradition institutes of Brazilians born to the International Criminal Court. The study analyzes the historical apparatus that instituted the respective Court, taking into account the worldwide desire to judge and punish crimes against humanity, crimes of genocide, war crimes and aggression. An analysis related to the Principle of the Dignity of the Human Person and the (im) possibility of "extradition / surrender" of a person born in this territory to the International Criminal Court will also be addressed, as well as a jurisprudential study by the Supreme Federal Court. About the subject. For the present research, the deductive approach method was used and for data collection, bibliographic research and documentary research with analysis of jurisprudence were used. The results obtained with the research demonstrate that extradition and surrender are different institutes, therefore, in the national legal system, there is no prohibition on the delivery of native Brazilians to the International Criminal Court.*

Keywords: *Federal Constitution. Rome Statute. International Criminal Court.*

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência das inúmeras atrocidades cometidas ao longo da história da humanidade, a sociedade ansiava pela instituição de uma justiça penal internacional capaz de julgar os transgressores em âmbito mundial.

Diante disso, foram surgindo alguns Tribunais, como o de Nuremberg, e os tribunais *Ad Hoc*, convém ressaltar que tais instituições foram duramente criticadas, pois, os delitos a serem julgados, eram pré-existentes as suas criações.

Assim, com a internacionalização dos Direitos Humanos, veio à tona a criação do Tribunal Penal Internacional, pelo

Estatuto de Roma em 1998, com competência para julgar crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crimes de genocídio e de agressão.

Por conseguinte, o Brasil aderiu ao Estatuto de Roma, e é considerado um Estado-Parte do Tribunal Penal Internacional.

Posto isso, ressalta-se que o objetivo do presente artigo é promover uma análise acerca das incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal de 1988 no tocante a hipótese de vedação da extradição de brasileiros natos, e da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional.

Para tanto, através do método de abordagem dedutivo e da pesquisa bibliográfica, inicia-se com a exposição da adesão brasileira ao Tribunal Penal Internacional, e posteriormente a investigação histórica da instituição da Corte Criminal Internacional de caráter permanente.

Dessa forma, proceder-se-á uma breve análise ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, atrelado ao instituto da entrega e extradição, para que, em seguida haja a distinção com clareza de tais institutos.

Por fim, por meio de uma análise doutrinária e jurisprudencial de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em que demonstra seu posicionamento acerca da diferenciação dos institutos de entrega e extradição, possa se responder se realmente existe uma incompatibilidade do Estatuto de Roma e da Carta Magna no que concerne a possibilidade de julgamento de nacionais brasileiros no Tribunal Penal Internacional.

2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – TPI

Para a existência de um Estado é necessário o preenchimento de alguns atributos, tais como a soberania, o povo, o território, e ainda, a incorporação de um conjunto de finalidades. Tal realidade necessita de organização, que se dará através da elaboração de uma Constituição, a lei fundamental e

suprema da nação, com o desígnio de estruturação e limitação do exercício do poder estatal.³

No Brasil, a atual Constituição foi promulgada em 05 de Outubro de 1988, e conforme menciona Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a classificamos da seguinte forma “[...] escrita codificada, democrática, dogmática eclética, rígida, formal, analítica, dirigente, normativa, principiológica e expansiva [...]”.⁴

Concernente ao caráter rígido da Constituição, os renomados constitucionalistas destacam o seguinte:

A Constituição é rígida quando exige um processo legislativo especial para modificação do seu texto, mais difícil do que o processo legislativo de elaboração das demais leis do ordenamento. A Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, pois exige um procedimento especial (votação em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional) e um *quorum* qualificado para aprovação de sua modificação (aprovação de, pelo menos, três quintos dos integrantes das Casas Legislativas), nos termos do art. 60, § 2, da Carta Política.⁵

Ademais, o artigo 60, § 4º, discorre acerca das cláusulas pétreas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. No que tange aos direitos e garantias individuais, avulta-se o artigo 5º da CFRB/88.

Tal dispositivo, em seu parágrafo 4º, com a redação da Emenda nº 45 de 08/12/2004, traz ao texto constitucional a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, por intermédio da ratificação e promulgação do Estatuto de Roma pelo Decreto presidencial nº 4388.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 1-3

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 32.

⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 17.

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.⁶

Segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela “o Tribunal Penal Internacional (TPI) é o principal órgão jurisdicional internacional voltado ao combate aos crimes internacionais”,⁷ quando a justiça dos países que o aderiram se tornarem omissas ou falhas. Trata-se de uma Corte de caráter permanente e sua “[...] competência *ratione materiae* abrange os seguintes (e imprescritíveis) crimes: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão”.⁸

Porém, ao analisar previamente a lei básica em paralelo ao Estatuto de Roma a doutrina encontra pontos polarizados, passíveis de inconstitucionalidades, conforme explanado pelos constitucionalistas Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Alguns constitucionalistas propugnam pela inconstitucionalidade do Estatuto de Roma, entre outros motivos, em face da previsão, nesse ato internacional, da prisão perpétua (art. 77), em contradição com o que estabelece a Carta Política de 1988 (art. 5.0, XLVII, "b"). Apontam, também, a ausência de tipificação dos crimes e de prévio estabelecimento das penalidades no Estatuto. Ainda, enxergam incompatibilidade entre a previsão de entrega de brasileiros para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.⁹

Cabe ressaltar, que o objeto de estudo do presente artigo não diz respeito apenas à (in)constitucionalidade do Estatuto de Roma frente a Carta Magna, mas, sim, acerca da entrega de brasileiros natos ao crivo do Tribunal Penal Internacional.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 535.

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1346.

⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 113

2.1 A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI) E A RECEPÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Tribunal Penal Internacional (TPI), emergiu em decorrência da necessidade histórica de proteger internacionalmente os direitos humanos:

[...] quando em jogo a ocorrência de crimes bárbaros e ultrajantes à dignidade de toda a humanidade, tais como o genocídio, os crimes contra a paz, os crimes de guerra e o crime de agressão.¹⁰

As guerras mundiais ao longo da história violaram imensuravelmente os direitos humanos, e assim, surgiu na humanidade à idealização de um *jus puniendi* em caráter global para atingir uma Justiça Penal Internacional.¹¹

Com a emersão da ideia punitiva internacional, veio à tona a criação de Tribunais Penais Internacionais, em resposta a necessidade de proteção dos direitos humanos em âmbito global. Para tanto, interessante o destaque, bem como as experiências advindas do Tribunal de Nuremberg, assim como dos Tribunais *ad hoc*, da antiga Iugoslávia e de Ruanda, e posteriormente a criação do Tribunal Penal Internacional.¹²

A Alemanha Nazista, com o Holocausto, cometeu diversas atrocidades, em virtude da promoção da raça ariana na sociedade, esse período sombrio, foi considerado o ápice contraproducente com o princípio da dignidade da pessoa humana, ocasionando discussões acerca da imprescindibilidade da criação de uma instância penal com caráter internacional e

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 201.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 202.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**; prefácio de Celso Lafer. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 100.

permanente, capaz de julgar e aplicar as devidas punições aos criminosos do eixo europeu.¹³

Diante de toda situação exposta, fora criado por intermédio do Acordo de Londres de 1945/46, o Tribunal Penal Militar (Tribunal de Nuremberg), sendo este uma instituição advinda dos governos da França, Estados Unidos, Grã-Bretanha e da antiga União Soviética, tendo por finalidade a motivação de um evidente impulso ao processo de internacionalização dos direitos humanos, uma vez que, restou a este Tribunal a representação da sociedade internacional frente aos mais variados tipos de atrocidades cometidas durante o fatídico Holocausto.¹⁴

Ainda nesse sentido, com a Instituição do referido Tribunal, as condutas criminosas realizadas em nome do Estado, passaram a ser consideradas transgressoras em âmbito internacional.¹⁵

No tocante aos últimos tribunais de caráter temporário supramencionados, o da antiga Iugoslávia, tinha por finalidade julgar as atrocidades praticadas em seu território durante o período da Guerra Civil de 1991, já o de Ruanda objetivava julgar as mais variadas violações de direitos humanos, como o famigerado genocídio. Destaca-se que o surgimento destes se deu no início da década de 1990 por deliberação do Conselho de segurança da ONU, sendo o Brasil na ocasião participe com voto favorável frente ambas as criações.¹⁶

Vale mencionar que as criações dos referidos tribunais foram sediadas na Holanda e Tanzânia respectivamente.¹⁷

A formação dos chamados tribunais *ad hoc* intermediados pela ONU foram duramente criticadas em alguns aspectos, dentre eles destaca-se a violação da “regra basilar do

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1331-1332.

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 203.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1333.

¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1334.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1334.

direito penal segundo a qual o juiz, assim como a lei, deve ser pré-constituído ao cometimento do crime e não *ex post facto*”¹⁸, e, também em virtude da ausência de um tratado internacional para sua criação, prevalecendo o entendimento em que as resoluções que os instituíram acabaram por torná-los:

(...) órgãos subsidiários do Conselho de Segurança, para cuja aprovação não se requer mais do que nove votos de seus quinze membros, incluídos os cinco permanentes (art. 27, § 3.º, da Carta da ONU).¹⁹

Segundo o Professor Valério de Oliveira Mazzuoli, não caberia ao Conselho de Segurança da ONU a criação de tribunais competentes para julgar e punir os crimes cometidos por nacionais de seus Estados-membros com assento permanente.²⁰

Ainda nesse sentido, observa-se que, diante das críticas dos tribunais *ad hoc* das Nações Unidas, existia um evidente anseio partindo da sociedade internacional para que se estabelecesse uma corte criminal de caráter permanente, universal e imparcial, instituída com a finalidade de julgar e processar os mais graves crimes que ultrajam a consciência da humanidade, assim vem à luz a criação da primeira instituição global permanente da justiça penal, o Tribunal Penal Internacional.²¹

O Tribunal Penal Internacional sediado em Haia, na Holanda, foi instituído através do Estatuto de Roma em 17/07/1998, em uma Conferência Diplomática das Nações Unidas.²² Obteve aprovação de 120 Estados, 21 abstenções e 7 votos contrários, sendo esses China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar. No entanto, Israel e Estados

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1335.

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 204.

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 205.

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1337.

²² HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 337.

Unidos, em decorrência da repercussão negativa, com seus votos contrários, ratificaram o Estatuto em 31/12/2000.²³ Insta mencionar que:

[...] A ratificação do Estatuto, por essas mesmas potências, tornou-se praticamente fora de cogitação após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington, bem como após as operações de guerra subsequentes no Afeganistão e na Palestina. Assim foi que em 6 de maio de 2002 e em 28 de agosto do mesmo ano, Estados Unidos e Israel, respectivamente, notificaram o Secretário-Geral das Nações Unidas de que não tinham a intenção de tornarem-se partes no Estatuto.²⁴

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias publicado em 1988, em seu artigo 7º prevê: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.²⁵ No entanto, apenas em 07/02/2000, o Brasil assinou o Estatuto de Roma, sendo aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112, em 06/06/2002, e posteriormente, em 25/09/2002, promulgado por meio do Decreto nº 4.388, pelo Presidente da República.²⁶

Portanto, o Brasil se submete ao Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, haja vista sua adesão expressa a esse ato universal.²⁷

Cumpre salientar, que:

(...) a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno.²⁸

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1337.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1338.

²⁵ ADCT. **Ato das disposições constitucionais transitórias**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conado/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 113.

²⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 113.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 111.

2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se a [...] dignidade da pessoa humana”,²⁹ com previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
III - a dignidade da pessoa humana.³⁰

Tal princípio estabelece que o Estado deve ser uma organização centrada exclusivamente no ser humano, e não em outros referenciais, como propriedades, classes sociais, corporações e organizações religiosas.³¹

Cumprido ressaltar, que a dignidade da pessoa humana é inerente a todos os indivíduos, tanto na relação estatal, quanto na relação particular, portanto, os indivíduos de forma igualitária não poderão conflitar e ferir seus semelhantes, sem sofrerem legalmente a devida punição.

O Brasil, adstrito ao princípio da dignidade da pessoa humana e visando o fim da impunidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, aderiu à jurisdição da respectiva Corte, conforme disposto na Carta Magna em seu artigo 5º, parágrafo 4º.

Entretanto, vislumbra-se uma incompatibilidade entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma, pois, o Brasil ficando submetido à jurisdição da Corte Penal Internacional, deveria entregar seus nacionais para julgamento, em contraponto a Lei Maior brasileira, restringe a possibilidade de extradição dos

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 85.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

³¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 90.

brasileiros natos, limitando tal instituto, conforme estabelece o artigo 5º, inciso LI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; [...]³²

Concernente ao conceito de extradição define Accioly, Silva e Casella:

Extradição é o ato mediante o qual um estado entrega a outro estado indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos. A instituição da extradição tem por objetivo principal evitar, mediante a cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas consequências de crime cometido.³³

Não obstante, as controvérsias constitucionais, decorrentes da vedação a extradição de brasileiro nato, e a submissão do Brasil a alçada do Tribunal Penal Internacional, cumpre ressaltar que no âmbito da respectiva Corte, quando um brasileiro vier a ser submetido a julgamento, não podemos falar em procedimento de extradição, haja vista a ausência de relação entre dois Estados, uma vez que a Corte Criminal Internacional fora criada com a finalidade de processar e julgar os crimes mais atroztes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial em âmbito global.³⁴

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

³³ CASSELLA, Paulo Borba; ACCIOLY Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e. **Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 761.

³⁴ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1361.

Destarte, uma vez que o Brasil é um Estado-parte do Tribunal Penal Internacional, se por ventura seus nacionais fossem submetidos a julgamento, e diante de tal submissão, o ato de entrega fosse considerado uma extradição na forma da Constituição Federal, vislumbraríamos a impossibilidade desta. Por conseguinte, ocasionaria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, sabe-se que os crimes competentes da respectiva Corte de caráter permanente são considerados graves e abalam toda a humanidade.

Correlacionando essa ideia ao aludido princípio estaríamos diante um caráter de impunidade aos criminosos e claro desrespeito a dignidade da pessoa humana no tocante às respectivas vítimas.

Por fim, proceder-se-á uma análise do ponto crucial do presente artigo, acerca da (im)possibilidade da extradição/entrega de brasileiros natos à jurisdição da Corte Permanente.

3 A ENTREGA E A EXTRADIÇÃO NO ESTATUTO DE ROMA

O Estatuto de Roma, em seu artigo 89, §1º, dispõe acerca da Entrega de Pessoas ao Tribunal Penal Internacional:

Artigo 89. Entrega de Pessoas ao Tribunal. 1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.³⁵

Baseado nesse contexto, afirma-se que a entrega de uma pessoa ao Tribunal Penal Internacional, independente de

³⁵ BRASIL. Decreto n. 4.388 de 25 de setembro de 2002 - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

sua nacionalização e do lugar em que ela se encontre, considera-se um instituto ímpar nas relações internacionais contemporâneas.³⁶

Essa tônica discursiva ressalta a diferença do procedimento de entrega atrelado ao Estatuto de Roma, do instituto jurídico da extradição no âmbito internacional, conforme discorre Mazzuoli:

[...] Não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual a do Estado-parte, também dotado de soberania e competência na ordem internacional, mas sim a um organismo internacional criado pelo aceite e esforço comum de vários Estados. O TPI certamente não é uma jurisdição "estrangeira" como é aquela de outro Estado, não podendo ser-lhe aplicadas as mesmas regras que se aplicam a este último, em matéria de soberania e de política externa.³⁷

Concernente à entrega e extradição, o Estatuto de Roma traz a seguinte distinção, em seu artigo 102:

Artigo 102. Termos Usados. Para os fins do presente Estatuto: a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto. b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.³⁸

Conforme aludido preteritamente, a legislação que institui o Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), traz à baila a diferenciação da Extradição e do instituto da Entrega, o qual é utilizado pela Corte Internacional de caráter permanente.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1360.

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1361.

³⁸ BRASIL. **Decreto n. 4.388 de 25 de setembro de 2002** - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

3.1 A ENTREGA DE BRASILEIROS NATOS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Na contemporaneidade verifica-se uma preocupação dos estudiosos da Corte de caráter permanente acerca da possibilidade da “extradição” de um nacional criminoso ao crivo do Tribunal Penal Internacional, pois, não se emprega a legislação interna do Estado, e sim a constante no Estatuto de Roma.³⁹

Até o momento nenhum brasileiro nato está submetido ao crivo do Tribunal Penal Internacional, mas, a Constituição Federal de 1988, ao prever:

(...) a proibição da extradição de nacional, levanta a polêmica acerca da possibilidade de que um brasileiro responda por atos ilícitos de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), sediado na Haia, Holanda.⁴⁰

Inicialmente, destaca-se:

[...] TPI é um organismo internacional, criado com o objetivo de processar e julgar indivíduos que tenham cometido atos aos quais a comunidade internacional vem atribuindo notável repúdio e cujo combate é tema prioritário da agenda internacional, referentes, basicamente, aos crimes de genocídio, de guerra e de agressão e aos crimes contra a humanidade.⁴¹

Em virtude disso, o Estatuto de Roma, objetivando exercer suas funções, e levando em consideração às disposições semelhantes aos textos constitucionais modernos, os quais priorizam a proteção de seus naturais⁴², cria um instituto

³⁹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 340.

⁴⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 361.

⁴¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 361.

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1360.

divergente da extradição, a entrega, *surrender* ou *remise*, assim, os Estados não estarão extraditando seus nacionais, mas, colocando-os à disposição do Tribunal Penal Internacional.⁴³

Nesse sentido, cabe ressaltar que o instituto da extradição é considerado um ato de cooperação entre dois Estados soberanos visando coibir internacionalmente os criminosos, já o Estatuto de Roma, enfatiza e utiliza o procedimento de entrega, onde a relação da cooperação não se dá entre Estados, mas sim, entre um Estado e o Tribunal Penal Internacional, corte de jurisdição universal.⁴⁴

Ainda, concernente às modernas disposições constitucionais, observa-se que a previsão da vedação da extradição de nacionais, corresponde a uma insegurança acerca da justiça estrangeira, pois, a mesma poderá julgar injustamente um nacional de outro Estado, não observando o princípio da imparcialidade. Por outro lado, não se aplica esse entendimento ao Tribunal Penal Internacional, tendo em vista o fato de que os crimes de sua jurisdição e suas normas processuais já foram definidos previamente no Estatuto de Roma, cuja elaboração priorizou as garantias da justiça, bem como a imparcialidade dos julgamentos.⁴⁵

Tendo consciência dessa complexidade, ressalta-se a primazia da distinção entre o instituto da entrega e da extradição no âmbito nacional. No primeiro caso, o nacional brasileiro será entregue a uma “[...] jurisdição universal, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir”⁴⁶, e na segunda hipótese (vedada pela Constituição Federal) ocorreria a entrega a “um Estado estrangeiro, cuja jurisdição está afeta à soberania de outra potência estrangeira,

⁴³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 361.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1361.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1361 - 1362.

⁴⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1362.

que não a nossa e de cuja construção nós não participamos com o produto da nossa vontade.”⁴⁷

Ao considerar os referidos aspectos observa-se que:

A entrega de nacionais do Estado ao TPI, estabelecida pelo Estatuto de Roma, não fere o direito individual da não extradição de nacionais, insculpido no art. 5º, inc. LI, da Constituição brasileira de 1988, bem como o direito de não extradição de estrangeiros por motivos de crime político ou de opinião, constante do inc. LII do mesmo art. 5º da Carta de 1988. A aceitação, pelo Brasil, do art. 89, § 1º, do Estatuto, impede (mais que corretamente) a alegação de violação da norma constitucional brasileira proibitiva da extradição de nacionais como meio hábil a livrar um nosso nacional à jurisdição do Tribunal. Hodiernamente não mais se concebe a impunidade daqueles (ainda que nacionais) que cometem os mais bárbaros crimes contra o Direito Internacional.⁴⁸

Sendo assim, mister evidenciar que não existe nenhum empecilho para que um brasileiro nato venha a ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, pois, conforme aludido preteritamente, a previsão constitucional da vedação à extradição de brasileiros natos, não se aplica no âmbito da respectiva Corte, uma vez que, o próprio Estatuto de Roma traz uma distinção clara acerca de tais institutos, não considerando assim a entrega uma extradição, visto que o TPI não é um Estado, mas, sim uma Corte com jurisdição universal.

Ato contínuo, visto todo o exposto, o Art. 5º, § 4º, do texto constitucional, prevê que o Brasil se submete a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, criando assim, um caráter cooperativo entre ambos.⁴⁹ Nesse viés, nítido a observância de que:

Um Estado-parte no Estatuto que não entrega um nacional seu quando emitida ordem de prisão contra o mesmo, será

⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1362.

⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1362.

⁴⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 361.

tido como um não colaborador, o que poderá causar-lhe enormes prejuízos, tendo em vista existir no Estatuto de Roma todo um processo que pode ser levado à Assembleia dos Estados-partes do TPI e até mesmo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para que possam ser tomadas medidas de enquadramento de conduta em relação a tais Estados não colaboradores.⁵⁰

Diante de tal concepção é ponderoso lembrar que o Estatuto de Roma é considerado um tratado especial de direitos humanos com natureza centrífuga, pois suas normas derrogam as normas de Direito interno dos Estados-parte, visto que pertencem a uma jurisdição global, fugindo da jurisdição ordinária. Isto posto, é notório que as relações regidas pelo Estatuto de Roma se distanciam da alçada estatal, sendo o TPI um órgão universal constituído de normas supraconstitucionais.⁵¹

Dessarte, concernente ao caráter complementar da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, Flávia Piovesan clarifica:

O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.⁵²

Atualmente, encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados o relevante projeto de Lei nº 4.038/2008, o qual passa a dispor acerca dos crimes da alçada do TPI (crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra), e

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1362.

⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 207.

⁵² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ainda, crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional. O referido projeto visa instituir normas processuais específicas acerca da cooperação do Brasil com a respectiva Corte, tipificando tais delitos na lei brasileira, e, mais uma vez, desmitificando quaisquer dúvidas acerca da inconstitucionalidade do Estatuto de Roma, frente à entrega de brasileiros natos ao Tribunal Penal Internacional.⁵³

Por fim, considerando que até o presente momento, nenhum brasileiro foi submetido à jurisdição do TPI, proceder-se-á com uma análise jurisprudencial advinda do Supremo Tribunal Federal em resposta ao pedido do Tribunal Penal Internacional em decorrência da possibilidade da extradição de um líder político estrangeiro que por ventura poderia vir a pisar em solo brasileiro.

3.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Omar Hassan Ahmad Al Bashir, era Presidente da República do Sudão e Comandante das Forças Armadas Sudanesas, quando na iminência de um conflito armado entre os anos de 2003 e 2008, em Darfur, no Sudão, fora acusado de cometer cinco crimes contra a humanidade (assassinato, extermínio, transferência forçada, tortura e estupro), dois crimes de guerras (ataques dirigidos intencionalmente contra uma população civil e contra civis que não participaram das hostilidades e saques durante a guerra), e três crimes de genocídio contra os grupos civis Fur, Masalit e Zaghawa.⁵⁴

Em decorrência dos crimes bárbaros cometidos por Omar Al Bashir, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de seu ex-Secretário Geral Kofi Annan, criou uma Comissão Internacional de inquérito sobre Darfur, em conformidade com a resolução nº 1564 do Conselho de

⁵³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 361-362.

⁵⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

Segurança. A respectiva Comissão chegou à conclusão de que o julgamento de tais delitos cometidos em Darfur pertenceria à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.⁵⁵

Assim, o Conselho de Segurança da ONU, encaminhou a situação ao Procurador do Tribunal Penal Internacional, por conseguinte, este decidiu abrir um inquérito para investigação das atrocidades cometidas, apresentando um pedido de emissão de um mandado de prisão para o presidente sudanês em 14/07/2008, sendo este emitido apenas em 04/03/2009.⁵⁶

Concernente a expedição do Mandado de prisão, convém destacar o disposto no artigo 86 do Estatuto de Roma acerca da Obrigação Geral de Cooperar, dos países que aderiram o Tribunal Penal Internacional:

Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.⁵⁷

Destarte, levando em consideração a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, este enviou um pedido de cooperação para o Embaixador do Brasil no Reino dos Países Baixos, determinando a execução do mandado de prisão do Chefe de Estado Sudanês, se por ventura, ele viesse a pisar em solo brasileiro.⁵⁸ No entanto, tal pedido foi enviado para análise ao Supremo Tribunal Federal por meio da Petição nº 4.625-1,

⁵⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

⁵⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

⁵⁷ BRASIL. **Decreto n. 4.388 de 25 de setembro de 2002** - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 4.625-1 República do Sudão**. Requerente: Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma). Requerido: Omar Hassan Ahmad Al Bashir ou Omar Al Bashir ou Omar Al-Bashir ou Omer Hassan Ahmed El Bashire ou Omar Al-Beshir ou Omar El-Bashir ou Omer Albasheer Ou Omar Elbashir ou Omar Hassan Ahmad El-béshir (Presidente do Sudão). Relator: Min. Celso de Mello, 17 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

sendo proferida a decisão em 17/07/2009, através de um despacho do Ministro Celso de Mello.

No teor do seu despacho, Celso de Mello, ressalta a diferença do procedimento de entrega e da extradição embasado nas doutrinas de Mazzuoli, citando o disposto no artigo 102 do Estatuto de Roma, deixando claro seu entendimento no sentido de que realmente existe uma distinção entre os institutos mencionados, quando adentramos na seara do Tribunal Penal Internacional, assim, clarifica:

Por serem institutos distintos (o da extradição e o da entrega ou “surrender”), inconfundíveis até mesmo em face do próprio Estatuto de Roma (Artigo 102, “a” e “b”), inviável seria a autuação, na espécie, como Extradição, deste pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário. [...] ⁵⁹

Por fim, o Ministro encerra o seu despacho da seguinte forma:

Embora o Estatuto de Roma possibilite a formulação, pelo Tribunal Penal Internacional, de pedido “de detenção e entrega” de uma pessoa contra quem foi instaurado, perante esse organismo judiciário, procedimento penal por qualquer dos crimes referidos no Artigo 5º de mencionada convenção multilateral, impende advertir que esse pleito de cooperação internacional – considerado o que dispõe o Artigo 89, n. 1, desse mesmo Estatuto – há de ser dirigido ao Estado “em cujo território essa pessoa possa se encontrar”. ⁶⁰

Assim, o Brasil não deixou de cooperar com o Tribunal Penal Internacional, pois, caso o Presidente do Sudão, estivesse

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 4.625-1 República do Sudão**. Requerente: Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma). Requerido: Omar Hassan Ahmad Al Bashir ou Omar Al Bashir ou Omar Al-Bashir ou Omer Hassan Ahmed El Bashire ou Omar Al-Beshir ou Omar El-Bashir ou Omer Albasheer Ou Omar Elbashir ou Omar Hassan Ahmad El-béshir (Presidente do Sudão). Relator: Min. Celso de Mello, 17 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 4.625-1 República do Sudão**. Requerente: Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma). Requerido: Omar Hassan Ahmad Al Bashir ou Omar Al Bashir ou Omar Al-Bashir ou Omer Hassan Ahmed El Bashire ou Omar Al-Beshir ou Omar El-Bashir ou Omer Albasheer Ou Omar Elbashir ou Omar Hassan Ahmad El-béshir (Presidente do Sudão). Relator: Min. Celso de Mello, 17 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

em solo brasileiro, seria possível a entrega ao TPI, haja vista sua manifesta adesão à Corte Criminal de caráter permanente.

Ainda, convém ressaltar que em 06/07/2009, o Promotor do Tribunal Penal Internacional recorreu da decisão que emitia o mandado de prisão, sendo, posteriormente em 03/02/2010 determinado para a Câmara de Pré-Julgamento I do TPI, que tomasse uma nova decisão acerca da nova emissão do mandado de prisão, contudo, a manifestação desta Câmara foi no sentido de não mais emitir o mandado de prisão por não possuir motivos razoáveis a respeito da acusação de genocídio.

61

Todavia, em 12/07/2010, a respectiva Câmara encontrou motivos razoáveis para verificar que Al Bashir detinha a intenção de destruir as etnias Fur, Masalit e Zaghawa, entregando um segundo mandado de prisão contra o Presidente do Sudão, sendo designada pela Presidência do TPI, a Câmara de Pré-Julgamento II para elucidar o caso em comento.⁶²

Até o presente momento, o suspeito, encontra-se foragido, apesar dos mandados de prisão expedidos contra ele. Convém ressaltar, que a Corte Internacional Criminal não julga os indivíduos que não estejam presentes no Tribunal, deste modo, até que Omar Al Bashir seja preso e transferido para a sede do Tribunal de Haia, o processo permanecerá na fase de Pré-Julgamento.⁶³

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, observou-se no decorrer do presente artigo o processo histórico de surgimento do Tribunal Penal Internacional, levando em consideração a necessidade mundial

⁶¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CaselInformationSheets/albashirEng.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

⁶² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CaselInformationSheets/albashirEng.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

⁶³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>. Acesso em: 03 mai. 2021.

de criação de uma instituição permanente capaz de julgar os delitos mais atrozes cometidos na ordem internacional.

Ainda, em sequência, se fez necessário abordar a internacionalização do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo à tona, uma possível divergência entre a Constituição Federal e o supramencionado Estatuto, no tocante aos institutos de extradição e entrega de nacionais.

No entanto, em sede de considerações finais, conclui-se que há uma diferenciação clara entre o instituto de entrega e extradição explanado pelo próprio Estatuto de Roma em seu artigo 102, “Por “entrega”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, já concernente a extradição “entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.”

Destarte, ressalta-se que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional possui um caráter complementar, subsidiário, desta feita, ela só irá atuar nos casos em que a justiça brasileira for omissa para julgar os delitos constantes no Estatuto de Roma.

Ainda, a possibilidade de um criminoso sair impune de um crime extremamente grave, viola demasiadamente a dignidade da pessoa humana das possíveis vítimas.

Uma vez que o Brasil aderiu a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, não poderá ser vedada a hipótese de entrega de seus nacionais, primeiramente, por se tratar de instituto divergente daquele defeso pela Constituição Federal, a extradição. Subsequente, o próprio Estatuto prevê que o não cumprimento de seus termos enseja pena de responsabilidade, haja vista a gravidade dos delitos, que atingem toda a humanidade.

Por fim, com a análise jurisprudencial, resta claro, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, embasado na doutrina brasileira, no sentido de que realmente existe uma diferença entre os institutos de extradição e entrega, e no âmbito do Tribunal Penal Internacional, utiliza-se o procedimento de entrega, sendo possível colocar um nacional a disposição da Corte Criminal para julgamento, desmitificando quaisquer

inconstitucionalidades frente ao Estatuto de Roma e a Constituição Federal nesse aspecto.

REFERÊNCIAS

ADCT. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 4.388 de 25 de setembro de 2002** - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

CASSELLA, Paulo Borba; ACCIOLY Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e. **Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>. Acesso em: 03 mai. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano; prefácio de Celso Lafer. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

A RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA ENTRE MÉDICO, HOSPITAL E PLANO DE SAÚDE EM CASO DE ERRO MÉDICO

SOLIDARITY CIVIL RESPONSIBILITY BETWEEN PHYSICIAN, HOSPITAL AND HEALTH PLAN IN CASE OF MEDICAL ERROR

**Mariléia Borges Alves¹
Claudinéia Onofre de Assunção Mota²**

Resumo: O presente artigo tem como objetivo geral analisar a responsabilidade civil médica, diante dos requisitos necessários para a caracterização, quais sejam, culpa, nexos causal e danos. Ainda, por vezes, a possibilidade de responsabilidade solidária entre médico, hospital e plano de saúde. A metodologia aplicada foi a coleta de dados por meio de pesquisa de doutrina, artigos, acrescentando duas decisões judiciais selecionadas sobre o tema, da jurisprudência catarinense. Especificamente foram pontuados a responsabilidade civil na área médica, o breve referencial histórico sobre a responsabilização civil, a previsão legal, os requisitos caracterizadores e as espécies. No item seguinte, apresentou-se o erro médico e suas nuances numa interpretação jurídica. Seguindo-se com a análise das decisões acima mencionadas, com intuito de identificar a possibilidade de responsabilização solidária. A partir do estudo, concluiu-se que sendo provado o ato ilícito e que resulte em um dano, este deve ser reparado seja material ou moral, conseqüentemente os causadores diretamente ou indiretamente poderão responder solidariamente na lide.

¹ Acadêmico de Direito FUCAP/Univinte. Marileia_borges@hotmail.com.

² Orientadora. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional. Pós-graduada em Direito Civil. Docente da Disciplina de Direito Civil III, FUCAP. Palestrante Semana Acadêmica 2019 – FUCAP “Direito Sistêmico”.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Médico. Reparação solidária.

Abstract: *The present article has as general objective to analyze medical civil liability, in view of the requirements for characterization, which are, guilt, causal link and damage. Also, sometimes, the possibility of solidarity responsibility between doctor, hospital and health plan. The methodology applied was data collection through research of doctrine, articles, adding two selected judicial decisions on the subject, the jurisprudence of Santa Catarina. The present article has as general objective to analyze medical civil liability, in view of the requirements for characterization, which are, guilt, causal link and damage. Also, sometimes, the possibility of solidarity responsibility between doctor, hospital and health plan. The methodology applied was data collection through research of doctrine, articles, adding two selected judicial decisions on the subject, the jurisprudence of Santa Catarina. From the study, it was concluded that being proven the unlawful act and that results in damage, it must be repaired whether material or moral, consequently the causative directly or indirectly may respond jointly and severally in lide.*

Keywords: *Civil responsibility. Doctor. Solidary reparation.*

1 INTRODUÇÃO

Atuar na área da saúde como profissional médico é estar à mercê de demandas jurídicas pleiteadas por pacientes que buscam o Poder Judiciário, a fim de resolver seus problemas, sendo que os pleitos, frequentemente, estão baseados na ocorrência de erros por aqueles presumidos.

A pesquisa tem por objeto abordar a responsabilidade civil intrínseca aos erros médicos, dos quais muitas das vezes acabam resultando em danos irreparáveis ou até mesmo a morte.

Questionamentos ao conceito de erro médico são comuns e difíceis de estabelecer, pois dependem de circunstâncias de cada caso, todavia, identificar a negligência,

imprudência ou imperícia, o risco, os deveres do médico, e, ainda, a obrigação em reparar o dano causado ao paciente podem pautar a análise da responsabilização.

A responsabilidade civil médica decorre da falha no exercício da profissão, causando um ato ilícito, desde que, em resumo, estejam presentes os elementos caracterizadores da culpa, nexo causal e danos.

Inicialmente, após a introdução do tema, trata-se da responsabilidade civil na área médica, de forma não exauriente, abordando no item dois o breve histórico a respeito da responsabilidade civil ao longo dos tempos. Ainda, a Responsabilidade Civil no ordenamento jurídico brasileiro: Constituição Federal de 1988, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, direcionando à Responsabilidade Médica. O próximo tópico tratadas espécies e requisitos para a configuração de responsabilização civil, abordando a responsabilidade subjetiva e objetiva.

O terceiro item traz a caracterização de Erro Médico e as obrigações decorrentes. No item quatro são analisados dois acórdãos colhidos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no mês de abril de 2021, selecionadas para avaliação da possibilidade de solidariedade do médico, hospital e plano de saúde em caso de erro médico.

Por fim, conclui-se com a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade solidária, desde que analisada no caso concreto e cumpridos os requisitos legais da responsabilização.

A metodologia utilizada foi o método dedutivo e para a coleta de dados foram utilizadas as pesquisas bibliográfica e documental, a qual foi elaborada com a finalidade de estudar elementos que forneceram uma visão mais ampla sobre as questões que envolvem a responsabilidade civil nos casos de erro médico, corroborado com de duas decisões colhidas no mês de abril de 2021 no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em doutrinas, em artigos jurídicos, na, entre outros, que geraram informações e reflexões relevantes a respeito do assunto.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA MÉDICA

A responsabilidade médica é caracterizada a partir do momento em que, no exercício da profissão, haja caracterização de um ato ilícito, dele resultando a obrigação de indenizar o paciente ou a reparar dano moral ou patrimonial em razão da conduta do médico, fazendo restabelecer o *status quo ante* do dano sofrido pela vítima.

A responsabilidade civil médica tem revelado crescente demanda que vem ganhando maior importância, evidenciando, assim, grandiosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito.

A evolução da medicina, junto ao acesso a informações, adentram à esfera consumerista que vigora na atualidade, ensejam estudos mais aplicados acerca da responsabilidade civil médica. Aliás, todas as condutas humanas geram responsabilidade.

Segundo Genival Veloso de França:

[...] a expressão “responsabilidade” pode ser empregada tanto no sentido ético como no sentido jurídico, visto que, em se tratando do exercício de uma profissão liberal, intrincam-se necessariamente os valores morais e legais, pois as razões jurídicas não podem estar dissociadas das razões de ordem moral.³

Acerca da responsabilidade civil, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem:

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o

³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 260.

infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas⁴.

A responsabilidade civil está presente em cada fato que dele resulte num ato danoso, esteja nele presente a culpa ou o dolo. Caracterizando, assim, a obrigação de reparação ou mesmo de indenização seja, ela moral ou material.

2.1 BREVE REFERENCIAL HISTÓRICO

No início dos tempos, as civilizações que habitavam os territórios usavam de vingança ou *vendetta* particular, na qual era feita a justiça com as próprias mãos, a “Lei de Talião (olho por olho, dente por dente)”, a justa reciprocidade do crime e da pena, onde não era analisada a culpa, mas sim se aplicava a pena.

Deu-se, então, a necessidade de melhor organização do Estado, ensejando, por fim, um sistema jurídico que buscasse satisfazer as necessidades dos cidadãos que prezavam por justiça, trazendo consigo a responsabilidade civil, sendo ela por culpa ou dolo.

Fernando Noronha esclarece:

O talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no § 230 do Código de Hammurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto⁵

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. v. único. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 859.

⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 528.

Após a vingança privada, tem-se a vingança pela compensação econômica ao dano causado a outrem. Surge o Código de Manu e a Lei das XII Tábuas dando origem ao Direito Romano. A sociedade fica à frente de novos conceitos de justiça, esta passa a ser feita de forma a ser tida como a mais compensatória, o ofensor paga com os bens o mal causado a outrem, tem-se, então, leis mais justas.

Conforme traz Carlos Roberto Gonçalves:

[...] quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo [...].⁶

Na Idade Média, com o Direito Romano, notou-se a necessidade de certo aperfeiçoamento no que diz respeito à Responsabilidade Civil. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

[...] aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.⁷

A necessidade deu-se em razão de vários fatores dentre alguns deles, a crescente industrialização e a eclosão dos danos, que levaram a surgimento de novos entendimentos sobre a responsabilidade civil.

Um novo marco na Responsabilidade Civil revela-se na Responsabilidade Civil Extracontratual, também conhecida como Responsabilidade Lex Aquilia (Lei Aquiliana), ou seja,

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. p. 7.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. p. 8.

responsabilidade aquiliana ou delitual da qual se tem a substituição de multa fixa por punição proporcional.

Sérgio Cavalieri Filho reafirma a responsabilidade civil ao dizer que:

A diferença é que “na obrigação, verifica-se um dever jurídico originário, ao passo que, na responsabilidade, a consequência de violar a obrigação gera o dever jurídico da responsabilidade”⁸

Maria Helena Diniz pontua:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.⁹

Ainda, conforme Sergio Cavalieri Filho:

[...]se esse dever de violação surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistia qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.¹⁰

Mais adiante, considerando, especialmente, a evolução tecnológica e os riscos das atividades, alcança-se a compreensão de dispensa de culpa em alguns casos de responsabilização civil, que vem a ser a responsabilidade civil objetiva.

E, cotidianamente, as legislações deparam-se com novos fatos, necessitando, assim, de reinterpretações, pois,

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 505.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.14.

conforme passa o tempo, surgem novas experiências e novos horizontes desafiadores para a responsabilidade civil.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A responsabilidade civil tem espaço no ordenamento jurídico brasileiro, ocupando, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, *status* constitucional.

No artigo 5º, os incisos V e X, respectivamente, têm-se o dever de indenizar:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;¹¹

A necessidade de se reparar danos existe desde início dos tempos e a sociedade exige que se estabeleçam regras. A legislação, desta forma, precisa de constante atualização, pois a cada novo dia surgem novos fatos ilícitos trazendo novos conflitos. A lei é necessária para que se possa responsabilizar o agente pelos atos contra o seu semelhante.

No Código Civil há algumas disposições a respeito da responsabilidade civil. O artigo 186 reza 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.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

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

E o art. 927 dispõe que quem comete ato ilícito e cause danos, deverá repará-lo. No parágrafo único, que a obrigação subsistirá, 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.¹²

Não sendo o suficiente, importante destacar o Código de Defesa do Consumidor, especialmente no artigo 14:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - Que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.¹³

Oportunamente, no contexto do §4º, do artigo 14, acima citado, a respeito da obrigação de meio do médico, entende Sílvio de Salvo Venosa:

¹² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

O médico por meio do uso da técnica e dos recursos disponíveis não se obriga a curar o paciente. O adimplemento da obrigação do médico ocorre no momento em que ele utiliza todas as técnicas disponíveis, agindo com prudência e diligência, empregando todos os meios para obter a cura do paciente, no entanto, não está obrigado a alcançá-la.¹⁴

Sílvio de Salvo Venosa escreve que na obrigação de resultado:

[...] o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. Afirma ainda que na obrigação de resultado a inexecução implica falta contratual, dizendo-se que existe, em linhas gerais, presunção de culpa, ou melhor, a culpa é irrelevante na presença do descumprimento contratual¹⁵

Pontua-se que a responsabilidade médica é subjetiva, é uma obrigação de meio ou de resultado e só se fará presente mediante comprovação da culpa, seja por imprudência, negligência ou imperícia, independente da responsabilidade ser contratual ou extracontratual.

2.3 ESPÉCIES E REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

A responsabilidade civil caracteriza-se na existência de um fato jurídico (*lato sensu*) resultando na obrigação de reparar o descumprimento de um dever jurídico, causado por um ato ilícito. Portanto, quando há lesão a alguém, surge a obrigação de indenizar ou reparar o dano causado a outrem (*neminem laedere*). Em regra, sua compleição está diretamente ligada aos elementos culpa, nexa de causalidade e dano.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 77-78.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 77-78.

Se uma pessoa causar prejuízo a outra seja com dolo ou culpa, ela será obrigada a reparar o dano cometido, moralmente ou materialmente. Com o descumprimento de um contrato, por exemplo, tem a obrigação de indenização seja ela moral ou material (*status quo ante*).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, com muita propriedade, lecionam:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.¹⁶

Acerca da culpa, em sentido lato, Rui Stoco afirma:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*).¹⁷

A culpa no sentido estrito ocorre quando o executor não quer praticar ato ilícito, mas age com negligência, imprudência ou imperícia, deixando de tomar os cuidados devidos para a execução de um dever.

A imprudência é caracterizada quando o autor pratica uma ação que não foi analisada e, assim mesmo realiza sem as precauções necessárias, ou seja, a falta de atenção ao protocolo.

A negligência é uma abstenção, um não agir, sendo certo que se o agente agisse evitaria um mal futuro, é a falta de cuidados, ou seja, é uma omissão sabe que tem que fazer, mas não o faz.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. v. único. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 855.

¹⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 133.

A imperícia é uma demonstração de inaptidão técnica, que é esperada de uma profissão ou atividade, isto é, falta de habilidade técnica para executar determinada tarefa.

Segundo Silvio de Salvo Venosa “[...] a culpa stricto sensu compreende os ilícitos não intencionais, mas culposos atributivos de responsabilidade, em razão de ter agido o seu autor com imprudência, negligência ou imperícia.”¹⁸

Em outras palavras, destaca-se dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária; é, em suma, a culpa profissional.¹⁹

Fazendo a ligação entre a conduta culposa e o dano, imprescindível o nexos de causalidade. É o que vincula o fato a sua conduta, levando ao resultado. Se for obtido um resultado mesmo que esse independa da conduta, pode-se concluir que, este se daria mesmo que não existisse uma ligação entre ambos. De outra forma, retirada a conduta e o resultado desaparecer, conclui-se, então, que a conduta está relacionada ao resultado.

O nexos causal, na responsabilidade civil, exerce duas funções importantes. A uma é de conferir a obrigação de indenizar a quem, por seu comportamento, por culpa ou risco, causar dano a alguém. Além disso, o nexos de causalidade determina a extensão do dano e quais efeitos danosos serão reparados²⁰.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. v. 2. 6. ed., 2006, p. 318-319.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 12. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristino Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 407.

Uma vez lesionada a pessoa, existe a obrigação da reparação do dano causado através do ressarcimento dos prejuízos seja de ordem moral ou patrimonial. Segundo Marcelo Azevedo Chamone, dano é:

[...] toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil. Ao contrário do que ocorre na esfera penal, aqui o dano sempre será elemento essencial na configuração da responsabilidade civil; não há responsabilidade civil por 'tentativa', ainda que a conduta tenha sido dolosa.²¹

Ainda, importante que se mencione que coexistem no ordenamento jurídico brasileiro duas espécies de responsabilidade civil, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), ex vi do disposto no art. 927, parágrafo único.²²

E, como observa Caio Mário da Silva Pereira:

[...] na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é

²¹ CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11365>. Acesso em: 24 maio 2021.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. v. único. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 865.

no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do ônus probandi. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmara responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional. Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima.²³

Assim, a responsabilidade civil subjetiva é a convalidação dos três requisitos: conduta (ação ou omissão), dano e nexos de causalidade. A responsabilidade objetiva, em que pese indispensáveis a demonstração do dano e do nexos de causalidade, prescinde da análise da culpa do agente.

Ainda, pode-se falar sobre a responsabilidade contratual e a extracontratual, distinção em função da natureza, sendo que a responsabilidade contratual origina da inexecução contratual, derivada de um negócio jurídico bilateral ou unilateral, enquanto a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, resulta da prática de uma conduta.

3 ERRO MÉDICO: AÇÃO OU OMISSÃO

A ciência médica vive em constante evolução, com o passar dos anos vivenciou-se novas doenças o que trouxe a necessidade de desenvolver técnicas modernas nos tratamentos, novos medicamentos, tecnologia de ponta utilizada

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2002. p. 265-266.

nos equipamentos para tratamentos de diversos problemas de saúde.

Assim sendo, o médico que era tido como o médico da família, passou a ser o profissional que cuida da saúde, perdeu-se certo vínculo e ganhou-se em modernidade, diagnósticos mais precisos por parte do médico, uma vez que mais recursos estão disponíveis.

O médico precisa atuar de forma solícita, utilizando-se de todos os recursos a ele disponíveis para ter o êxito esperado e atingir seus objetivos.

O profissional médico, numa obrigação de meio, deve se comprometer a recorrer a todos os recursos disponíveis para chegar a um melhor resultado, mesmo que não se chegue a ele, mas faz o máximo para alcançar o resultado esperado. Já quando o de fim o resultado deve ser atingido, caso contrário o agente poderá sofrer uma indenização.

Porém, há casos que o médico acaba por ter que responder por demandas indenizatórias, mesmo tendo obtido bons resultados junto a seus pacientes.

O erro médico resulta de uma ação delituosa ou de omissão por parte do profissional. Fernando Gomes Correia-Lima cita que:

Erro médico é a conduta (omissiva ou comissiva) profissional atípica, irregular ou inadequada, contra o paciente durante ou em face de exercício médico que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência, mas nunca como dolo. Em que pese esse entendimento, há decisões nos tribunais superiores considerando erro médico proveniente, também, de condutas dolosas, na modalidade dolo eventual, onde o agente assume o risco de produzir o resultado danoso. Desta feita, os profissionais são punidos com maior severidade, refletindo mais o anseio da sociedade do que uma técnica jurídica racional propriamente dita.²⁴

²⁴ LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 19. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

O erro médico é uma falha na prestação de um serviço resultando num dano ao paciente, e nem sempre a responsabilidade é exclusiva do médico, pois se deve atribuir também ao hospital e aos planos de saúde, visando a melhor reparação à vítima.

Estima-se que cerca de 6 pessoas morram nos hospitais brasileiros, todos os dias, devido aos erros médicos. Cirurgias equivocadas - médico que realizou uma vasectomia em um paciente internado para uma cirurgia de fimose -, diagnósticos falhos – tratamento de um tumor benigno como maligno e acabou levando a paciente à morte, entre outras ocorrências. Por exemplo, o caso da Sra. Regina Turner, que foi submetida a uma cirurgia incorreta, que abriria seu crânio na tentativa de que ela não sofresse mais um AVC. Porém, a equipe acabou realizando um procedimento errado, operando o lado esquerdo, e não o direito — que havia sofrido efetivamente o problema.²⁵

Quando se fala em Erro Médico, não se tem presunção de culpa, deve haver comprovação de que não houve uma má conduta, e que o dano não foi resultado de culpa – dolo, imprudência, negligência ou imperícia -, sendo assim, ele só será responsabilizado por culpa comprovada. Não havendo comprovação, fica afastada a responsabilidade civil do médico.

Nesse sentido, merece destaque acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em pesquisa sobre a responsabilidade civil médica, transcreve-se:

[...] Ainda que o hospital, como prestador de serviços no mercado de consumo, responda objetivamente, sua responsabilidade somente se dá quando o dano é causado por erro de médico empregado ou preposto seu (serviço de plantão, por exemplo), ou por falhas relacionadas aos próprios serviços que presta (fornecimento de hospedagem, de alimentação adequada, de serviços paramédicos, de medicamentos e exames clínicos, de instrumentos e aparelhos sanitários, além de eventual atendimento médico). Tratando-se de ação movida contra entidade hospitalar, deve a inicial desde logo indicar qual o

²⁵ MEU CONSULTÓRIO. Erros médicos mais comuns. Divinópolis, Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.meuconsultorio.com/blog/erros-medicos-mais-comuns/>. Acesso em: 6 jun. 2021.

fato que imputa ao hospital, do qual derivaria sua responsabilidade civil, sob pena de a pretensão estar fadada ao insucesso. De acordo com o art. 951 do Código Civil e art. 14, § 4º, do CDC, a responsabilidade do médico é subjetiva. Ainda que se possa, em determinados casos, inverter-se o ônus da prova, ou por aplicação do disposto na lei consumerista, ou por aplicação de diversas teorias alienígenas aplicáveis igualmente no direito brasileiro (teorias da carga probatória dinâmica e da res ipsa loquitur, por exemplo), fato é que não se pode perder de vista que a obrigação assumida pelo médico é de meios, e não de resultado. O tempo para o diagnóstico de patologia rara, cujo diagnóstico se faz por exclusão e cuja causa a ciência médica desconhece, não pode ser avaliado de forma dissociada da necessidade de observância de procedimentos próprios para o pós-operatório de cirurgias como a realizada pela requerente, a ponto de implicar automaticamente a responsabilidade do médico. Ainda que se possa ser rigoroso na apreciação de eventuais falhas médicas, já que quanto mais importante e prestigiosa é a profissão, maior é a perícia e competência que se espera do profissional, fato é que sem a percepção de alguma falha imputável ao médico, não há que se falar em responsabilização civil. APELO DESPROVIDO. VOTO VENCIDO QUANTO AO RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MÉDICO.²⁶

Como se vê, precisam estar presentes o nexos causal, o dano, e a culpa (imprudência, negligência e imperícia), para que seja configurada a responsabilidade civil subjetiva do médico.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70055415384**. Responsabilidade civil médica e hospitalar. Inexistência de responsabilidade do hospital. Ausência de evidência de culpa do médico. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. Apelante: Claudia Betina Teixeira. Apelados: Ali Juma Abdalla Abdel Hamid e APESC Hospital Santa Cruz. Relator: Eugênio Facchini Neto, 13 de novembro de 2013. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 24 maio 2021.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA ENTRE MÉDICO, HOSPITAL E PLANO DE SAÚDE EM CASO DE ERRO MÉDICO

A responsabilidade solidária é aquela que todos os devedores são responsáveis pela totalidade da obrigação.

E no caso de erro médico, comprovada a culpa do médico, nos casos em que se verificar a responsabilidade do hospital, estabelecer-se-á a obrigação solidária do médico, do hospital e do plano de saúde pela reparação do dano sofrido pelo paciente.

Para os efeitos de reparação de danos à saúde em paciente internado, será atribuída ao médico, se este tiver agido com exclusividade e não for empregado, nem preposto do hospital. Em caso de relação de emprego ou de preposição, ocorrerá solidariedade do empregador ou comitente.²⁷

Na combinação do art. 932, inciso III, e do art. 950, ambos do Código Civil, entende-se que se o serviço prestado pelo hospital, por seus prepostos e plano de plano de saúde e esse for defeituoso, o hospital e plano de saúde ficará obrigado a indenizar o paciente, caso este fique impossibilitado de exercer seu ofício ou profissão²⁸.

Corroboram duas decisões extraídas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Na Apelação Cível n. 0001196-71.2011.8.24.0035, de Ituporanga, a Desembargadora Relatora Sra. Rosane Portella Wolff, decidiu:

[...] 1. "A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. [...] A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O erro médico e a responsabilidade civil. **GenJurídico.com.br**, 10 fev. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/02/10/solidariedade-medico-hospital/>. Acesso em: 8 jul. 2021.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII)." (AgInt no AREsp 1649072/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2020, DJe 13/08/2020).2. "A configuração do dano moral na hipótese dos autos decorre dos sofrimentos e angústias vividas pelo recorrido muito além de um simples e cotidiano aborrecimento. Não se pode confundir a propalada "indústria do dano moral" com as situações em que há efetiva violação da esfera íntima da personalidade da vítima, trazendo angústias que ultrapassam sensivelmente o simples dissabor de expectativas não alcançadas no mundo contemporâneo."(Resp. 1662845/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe26/03/2018).²⁹

Trata-se de uma ação indenizatória ajuizada contra o médico atendente e o estabelecimento de saúde, sob alegação de negligência e complicações, como insuficiência renal aguda. Reconheceu a relatora que a responsabilidade do estabelecimento de saúde era objetiva, dispensando a demonstração de culpa, com referência ao art. 14 do CDC.

O profissional médico por sua vez é responsável subjetivamente, pois agiu com negligência foi descuidado, desatento, indiferente, não tomando os cuidados necessários, ao aplicar tardiamente o soro pertinente por picada de serpente.

²⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0001196-71.2011.8.24.0035**. Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Erro médico. Improcedência na origem. Autor vítima de envenenamento causado por picada de serpente. Soro antibotrópico ministrado ao consumidor já passadas aproximadamente 12 horas de sua internação. Evidente negligência do médico, que ocasionou na complicação do estado de saúde do paciente, tendo em vista a evolução de seu quadro clínico para insuficiência renal aguda. Literatura especializada e depoimento de terceiro profissional médico que indicam a inadequação no tratamento realizado. Dano moral evidente. Circunstâncias vivenciadas que ultrapassam o mero aborrecimento cotidiano, notadamente porque o autor quase faleceu em decorrência das complicações observadas, tendo que permanecer por período de tempo realizando hemodiálise. Responsabilidade solidária dos réus. Valor da indenização fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Monta que deverá ser objeto de correção monetária, a contar do presente julgamento, e juros de mora, desde o evento danoso, consoante a exegese das súmulas 362 e 54, do superior tribunal de justiça. Suscitada a má-fé dos réus no transcorrer da instrução processual. Indeferimento do pleito. Inteligência do art. 80do código de ritos. Readequação da verba sucumbencial. Incidência do disposto no art.85, § 2o, do referido diploma processual. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. Apelante: José Onério Costa. Apelados: Carlos Fernando Sawada e Fundação Médico Social Rural Santa Catarina. Desembargadora Relatora Sra. Rosane Portella Wolff, 23 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em: 24 maio 2021.

O autor, picado por uma serpente, recebeu tratamento tardio. O médico plantonista não ministrou o soro antiofídico de imediato na vítima, vindo a fazer isso após 12:00 horas, sendo fator determinante para a piora do estado de saúde. A evidente negligência do médico acabou por a vítima ter tido complicações e com isso acabou acarretando complicações, quase óbito e insuficiência renal aguda. Provada a culpa do profissional médico, o hospital é trazido a demanda pelo fato de ele ser o fornecedor do serviço, e, uma vez comprovado o defeito, segundo o CDC, há configuração da responsabilidade solidária.

Nota-se na decisão que houve uma responsabilidade solidária entre o hospital e o médico. De um lado o hospital deveria ter fiscalizado o serviço prestado, e do outro o profissional médico que age com negligência, com descaso ao paciente. Assim, configurado o dano moral, pelo sofrimento emocional do paciente, mantendo a condenação em R\$ 10.000,00.

Na Apelação Cível de n. 0000003-35.2015.8.24.0082, o Desembargador Ricardo Fontes:

[...] "A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts.2o, 3o, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art.1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa". (STJ, REsp 866.371/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 27-3-2012). [...].³⁰

³⁰ Santa Catarina. Tribunal de justiça. **Apelação cível de n. 0000003-35.2015.8.24.0082**. Apelações cíveis. Ação indenizatória. Danos morais. Erro médico. Esquecimento de gaze em procedimento de parto. Sentença de procedência. Insurgência da autora e das rés. Apelo da operadora de plano de saúde. Ilegitimidade passiva da cooperativa médica. Inacolhimento. Intermediação na prestação dos serviços entre paciente e médico credenciado. Responsabilidade objetiva solidária. Dever de indenizar. Apelante: Renata dos santos Moraes. Apelados: clínica Jane cirurgia plástica s/c Ltda. e Central Nacional UNIMED – Cooperativa Central. Desembargador Relator Ricardo Fontes, 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em: 24 maio 2021.

A autora da ação postulou por indenização em decorrência de danos morais, causados por erro médico. A vítima afirmou que foi esquecida uma gaze dentro do seu corpo quando foi submetida a uma cesariana, trazendo à ação o plano de saúde, estabelecimento de saúde e o médico, solidariamente.

Restou decidido que a operadora de plano de saúde deveria permanecer no polo passivo, porquanto intermediou a prestação de serviços entre paciente e médico conveniado. Respondendo, inclusive, solidariamente, com base no art. 14 do CDC.

O estabelecimento de saúde, igualmente, reconhecido como legítimo réu, visto que a sua responsabilidade é objetiva por não ser preciso provar a culpa e sim pelo fato de a atividade desenvolvida pelo hospital implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No caso, a vítima foi submetida a uma cirurgia de cesariana e acabou por descobrir que havia sido esquecido um pedaço de gaze no interior do seu corpo, causando desconforto e complicações – “vulvovaginite secundária” -.

Então, a responsabilidade entre médico – subjetivamente-, hospital e o plano de saúde – objetivamente, conforme o CDC, é solidária.

E o médico é responsável por quebra no dever de cautela e eficiência da conduta médica, também, responde solidariamente, já que esqueceu material cirúrgico, que, por si só, causa dano moral indenizável, fixada a indenização em R\$ 5.000,00.

Como se vê, em suma, é possível, a responsabilidade solidária entre médico, hospital e plano de saúde, analisada no caso concreto e desde que presentes os requisitos já expostos ao longo do presente trabalho.

A possibilidade de responsabilidade solidária representa, inclusive, meio mais amplo para amparo das vítimas de erros médicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que a problemática, objeto do presente artigo merece ponderação.

A responsabilidade civil médica precisa preencher requisitos, especialmente culpa,nexo causal e dano.

Na Responsabilidade Civil nota-se que, apesar da culpa ser o objeto principal no qual o nosso ordenamento jurídico está baseado, havendo o ilícito nasce o dever de ressarcimento do agente.

A Responsabilidade Civil está subdividida em espécies, das quais se destaca a subjetiva (fundada a culpa), a objetiva (fundada no risco), a contratual (configurada quando do descumprimento de alguma obrigação previamente fixada em contrato) e a extracontratual (fundada na violação de algum dever genérico de conduta).

Erro médico é uma falha na prestação de um serviço resultando num dano ao paciente, devidamente reconhecida no caso concreto e que merece ser reparado, decorrendo dano moral ou material.

Quanto à reparação do dano importante pontuar que, por vezes, médico, hospital e plano de saúde podem responder solidariamente, visando a reparação integral dos danos sofridos pela vítima.

Não se pode deixar de ressaltar, assim, a relação consumerista, pois o paciente na condição de vulnerável, tem direito de responsabilizar, em tese, o médico, o estabelecimento de saúde e o plano de saúde, como fornecedores de serviço, com a obrigação de reparar o dano. Sendo que o estabelecimento mencionado e o plano de saúde sob a ótica da responsabilidade objetiva, configurada a partir do dano e independentemente de culpa. O profissional médico, por sua vez, na responsabilidade subjetiva quando presentes a Culpa, o Nexo Causal e o Dano.

Sendo assim, a solidariedade entre médico, hospital e plano de saúde é possível e requer análise apurada, estudos

aprofundados, proporcionando melhor compensação às vítimas por danos sofridos.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristino Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 24 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 24 mai. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11365>. Acesso em: 24 mai. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. São Paulo: Forense, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. v. único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 19. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/errromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

MEU CONSULTÓRIO. Erros médicos mais comuns. Divinópolis, Minas Gerais. 2021. Disponível em: <https://www.meuconsultorio.com/blog/erros-medicos-mais-comuns/>. Acesso em: 6 jun. 2021.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Forense, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70055415384**. Responsabilidade civil médica e hospitalar. Inexistência de responsabilidade do hospital. Ausência de evidência de culpa do médico. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. Apelante: Claudia Betina Teixeira. Apelados: Ali Juma Abdalla Abdel Hamid e APESC Hospital Santa Cruz. Relator: Eugênio Facchini Neto, 13 de novembro de 2013. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 24 mai. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível de n. 0000003-35.2015.8.24.0082**. Apelações cíveis. Ação indenizatória. Danos morais. Erro médico. Esquecimento de gaze em procedimento de parto. Sentença de procedência. Insurgência da autora e das rés. Apelo da operadora de plano de saúde. Ilegitimidade passiva da cooperativa médica. Inacolhimento. Intermediação na prestação dos serviços entre paciente e médico credenciado. Responsabilidade objetiva e solidária. Dever de indenizar. Apelante: Renata dos Santos Moraes. Apelados: Clínica Jane Cirurgia Plástica S/C Ltda e Central Nacional UNIMED – Cooperativa Central. Desembargador Relator Ricardo Fontes, 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em: 24 mai. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0001196-71.2011.8.24.0035**. Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Erro médico. Improcedência na origem. Autor vítima de envenenamento causado por picada de serpente. Soro antibotrópico ministrado ao consumidor já passadas aproximadamente 12 horas de sua internação. Evidente negligência do médico, que ocasionou na complicação do estado de saúde do paciente, tendo em vista a evolução de seu quadro clínico para insuficiência renal aguda. Literatura especializada e depoimento de terceiro profissional médico que indicam a inadequação no tratamento realizado. Dano moral evidente. Circunstâncias vivencia das que ultrapassam o mero aborrecimento cotidiano, notadamente porque o autor quase faleceu em decorrência das complicações observadas, tendo que permanecer por período de tempo realizando hemodiálise. Responsabilidade solidária dos réus. Valor da indenização fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Monta que deverá ser objeto de correção monetária, a contar do presente julgamento, e juros de mora, desde o evento danoso, consoante a exegese das súmulas 362 e 54, do superior tribunal de justiça. Suscitada a má-fé dos réus no transcorrer da instrução processual.

Indeferimento do pleito. Inteligência do art. 80do código de ritos. Readequação da verba sucumbencial. Incidência do disposto no art.85, § 2o, do referido diploma processual. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. Apelante: José Onério Costa. Apelados: Carlos Fernando Sawada e Fundação Médico Social Rural Santa Catarina. Desembargadora Relatora Sra. Rosane Portella Wolff, 23 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em: 24 mai. 2021.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O erro médico e a responsabilidade civil. **GenJurídico.com.br**, 10 fev. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/02/10/solidariedade-medico-hospital/>. Acesso em: 8 jul. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

IMPLICAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS DA DISSEMINAÇÃO DE AGENTES PATOGÊNICOS EM TEMPOS PANDÊMICOS

LEGAL-CRIMINAL IMPLICATIONS OF THE SPREAD OF PATHOGENIC AGENTS IN PANDEMIC TIMES

Wesley do Nascimento Silveira¹
Cleiton Luiz Neves de Oliveira²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade penal em tempos pandêmicos, buscando fazer uma reflexão sobre os possíveis contextos que podem ser criados na tentativa de utilizar agentes patogênicos como um meio para atingir fins delituosos. O atual estudo fará uma breve explanação sobre os requisitos básicos necessários para que alguém possa ser responsabilizado penalmente. Ainda, será analisada a atual conjuntura em que o mundo moderno se encontra, buscando explicar a responsabilidade penal diante da pandemia provocada pela Covid-19. Finalmente, será feita a exposição de alguns possíveis dispositivos existentes na legislação penal que poderão ser aplicados em crimes envolvendo a pandemia do novo coronavírus, observado sempre o caso concreto. As técnicas de pesquisa aplicadas para a coleta de dados foram a bibliográfica e a documental, utilizando-se do método de abordagem dedutivo para alcançar as conclusões obtidas no artigo. A conclusão do presente estudo demonstra a possibilidade de responsabilização penal daqueles que desrespeitam a pandemia que acomete o mundo contemporâneo, muitas vezes causando danos reais aos indivíduos a sua volta, assim como contra a própria sociedade em geral.

Palavras-chave: Pandemia. Coronavírus. Covid-19. Responsabilidade penal. Agentes patogênicos.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: wesleysilveira@gmail.com.

² Especialista em Direito Penal, em Direito Processual Penal e em Direito Processual Civil. Assessor Jurídico da Magistratura no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Professor de Direito Penal e Prática Penal na FUCAP Univinte. E-mail: cleiton.luiz@live.com.

Abstract: *This article aims to analyze criminal responsibility in pandemic times, seeking to reflect on the possible contexts that can be created in an attempt to use pathogenic agents as a means to achieve criminal purposes. The current study will give a brief explanation of the basic requirements necessary for someone to be criminally responsible. In addition, the current situation in which the modern world finds itself will be analyzed, seeking to explain the criminal responsibility in the face of the pandemic provoked by Covid-19. Finally, it will be made the exposure of some possible existing devices in the penal legislation that can be applied in crimes involving the pandemic of the new coronavirus, always observed the concrete case. The research techniques applied for data collection were bibliographic and documentary, using the deductive approach method to reach the conclusions obtained in the article. The conclusion of this study demonstrates the possibility of criminal liability of those who disrespect the pandemic that affects the contemporary world, often causing real damage to the individuals around them, as well as against society itself in general.*

Keywords: *Pandemic. Coronavirus. Covid-19. Criminal responsibility. Pathogenic agents.*

1 INTRODUÇÃO

Muito se falava sobre 2019 ter sido um período atípico, por diversos motivos, mas o que a humanidade não tinha como prever era que o ano subsequente mudaria radicalmente a vida humana em pouquíssimo tempo. O mundo foi surpreendido com a notícia de um novo coronavírus, o qual seria o responsável pela infecção respiratória aguda Covid-19³, que provocaria uma pandemia mundial mais tarde.

O mais novo agente infeccioso se alastrou pelo mundo com uma velocidade surpreendente, trazendo consigo uma série de problemas para a sociedade contemporânea, assim como a

³ A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global. GOV.BR. **O que é Covid-19?**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 22 abr. 2021.

urgente necessidade de lidar com triste realidade enfrentada mundialmente. A Covid-19 parou o mundo, atingindo a vida de cada uma das pessoas, seja de forma direta ou indireta.

No Brasil o novo coronavírus se proliferou com grande facilidade, atingindo todas as camadas da sociedade e causando uma verdadeira calamidade pública. Conforme as primeiras suspeitas de infecção pela Covid-19 foram aparecendo, as autoridades iniciaram as quarentenas com o objetivo de observar os possíveis primeiros casos ainda não confirmados, buscando monitorar a entrada do novo vírus em solo nacional, assim como a sua transmissão comunitária. Medidas excepcionais que buscavam conter a fácil transmissão descontrolada do novo coronavírus tiveram que ser adotadas.⁴

Inicialmente, será feita uma análise sobre responsabilidade penal daqueles que cometem atos considerados ilícitos pelo Direito Penal, bem como a responsabilização em tempos pandêmicos por condutas que envolvam a utilização direta ou indireta de agentes patogênicos, de maneira a funcionar como um meio para atingir certos fins criminosos, seja de forma intencional ou não.

Seguindo os estudos, pretende-se discorrer sobre alguns dos possíveis dispositivos que poderão ser aplicados no atual contexto pandêmico em que a nossa sociedade contemporânea vive, fazendo uma análise da legislação penal apresentada e suas implicações criminais na vida das pessoas.

O objetivo do artigo será identificar o papel do Direito Penal no combate à pandemia do novo coronavírus, assim como a possibilidade de responsabilização penal daqueles que desrespeitam tal momento calamitoso. Analisar as medidas que eventualmente podem ser adotadas para prevenir e/ou minimizar determinadas situações que possuam um alto grau de risco para a vida dos indivíduos, bem como o bem estar da sociedade em geral. O estudo também focará na análise de alguns dispositivos específicos do Código Penal, analisando o seu caráter punitivo frente aos casos concretos.

⁴ SANAR. **Linha do tempo do Coronavírus no Brasil**. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 22 mai. 2021.

2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE (RESPONSABILIDADE PENAL)

No âmbito penal, o termo “culpabilidade” pode ser empregado de diversas formas, seja como elemento do crime, fazendo parte da teoria tripartida do delito, ou como fundamento para a aplicação da pena, de acordo com o artigo 59 do Código Penal.⁵

Ainda, uma terceira interpretação estabelece que a culpabilidade pode ser empregada de forma a manter relação com o princípio da responsabilidade penal subjetiva, ou seja, uma maneira de barrar a responsabilização criminal tão somente pela existência de nexos causal entre o ato e o resultado delituoso alcançado.⁶

O princípio da culpabilidade impõe a subjetividade na análise da responsabilidade penal. Para Nilo Batista:

Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico.⁷

Assim, para que um indivíduo possa ser responsabilizado penalmente pela prática de uma conduta considerada ilícita, impõe-se a necessidade de uma análise para averiguar a existência de dolo ou culpa. Portanto, de acordo com o princípio da culpabilidade, ao afirmar que a responsabilização penal é subjetiva, deve-se verificar a intenção do agente no momento em que o ato delituoso é praticado, bem como a possível inobservância de cuidados esperados em determinada situação.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci explica:

⁵ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 102-105.

⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 104.

Ninguém será penalmente punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva (*nullumcrimensine culpa*). Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos.⁸

Assim sendo, a pessoa que praticar qualquer ato que resulte em um fim delituoso, não irá necessariamente ser responsabilizado por este, pois se faz de vital importância que seja analisado o aspecto subjetivo do agente no momento em o mesmo pratica a conduta criminosa, impondo-se, assim, a responsabilização subjetiva.

Nas palavras de Fernando Capez:

Nenhum resultado objetivamente típico pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva.⁹

2.1 RESPONSABILIDADE PENAL EM TEMPOS PANDÊMICOS

O mundo contemporâneo vive uma pandemia mundial causada pela Covid-19, uma nova espécie de Coronavírus. O agente contagioso foi descoberto e alertado à Organização Mundial da Saúde (OMS) em 31 de dezembro de 2019, em Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China¹⁰, e desde então vem se alastrando ao redor do mundo. Vários países se viram na obrigação de estabelecerem medidas de prevenção e de combate ao novo Coronavírus, na tentativa de conter o avanço do novo agente infeccioso que veio a atingir o Brasil pouco tempo depois.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 111.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 104.

¹⁰ Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma nova cepa (tipo) de Coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos. OPAS. **Histórico da Pandemia de COVID-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 17 mai. 2021.

No Brasil foi publicada a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020¹¹, que traz medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, visando proteger a coletividade (artigo 1º, § 1º, da Lei 13.979). Essas medidas estão previstas no artigo 3º, da Lei 13.979. Dentre as medidas possíveis, destacam-se o isolamento social e a quarentena, que buscam estabelecer limitações no convívio dos indivíduos em sociedade para combater a contaminação ou a propagação do agente infeccioso, o que afeta diretamente as relações cotidianas das pessoas.

Para fins de conceituação, de acordo com artigo 2º, I, da Lei 13.979, tem-se como isolamento social, a “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do Coronavírus.”

Já a quarentena, nos termos do artigo 2º, II, da Lei 13.979, considera-se como a:

Restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do Coronavírus.

O indivíduo poderá ser responsabilizado penalmente por desrespeitar quaisquer das medidas descritas no artigo 3º, da Lei 13.979, que eventualmente venham a ser estabelecidas pelo poder público. Ainda, se a conduta do agente resultar na propagação da Covid-19, infectando pessoas e causando danos variados, responderá pelos respectivos crimes que estejam tipificados no Código Penal ou em outro caderno legal de natureza incriminatória.

Como já abordado anteriormente, a responsabilização penal dos indivíduos só poderá ser atribuída quando forem

¹¹ Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

observadas as motivações de caráter subjetivas dos mesmos. Assim, no contexto da pandemia, na hipótese de algum indivíduo causar dano mediante culpa, não será este responsabilizado se o tipo penal não trazer tal modalidade. A identificação do dolo ou da culpa no cometimento dos delitos é essencial para a devida atribuição da responsabilidade penal.

3 CRIMES EM ESPÉCIES

Com o passar dos meses, aumentou-se a percepção de que cada vez mais a pandemia do novo coronavírus vem sendo utilizada como um meio para o cometimento de crimes, seja em virtude daqueles que intencionalmente buscam causar algum mal aos membros do corpo social, ou igualmente daqueles que apresentam algum tipo de resistência em aceitar e enfrentar com mais seriedade o atual contexto de calamidade em que a humanidade se encontra totalmente inserida.

O Código Penal brasileiro possui certos dispositivos que podem ser aplicados em diferentes cenários envolvendo a transmissão da Covid-19, visando o enfrentamento direto e indireto dos tempos pandêmicos que marcam a sociedade contemporânea que conhecemos. Como exemplo, serão elencadas algumas das tipificações previstas no referido diploma legal, que serão estudadas a seguir.

3.1 EPIDEMIA

Um dos crimes mais graves que pode ser cometido contra a saúde pública é o de epidemia, previsto no artigo 267 do Código Penal¹². O dispositivo possui prevista uma pena de reclusão, que vai de 10 (dez) a 15 (quinze) anos. O tipo pode ser considerado crime hediondo se resultar em morte, aplicando-se

¹² Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de dez a quinze anos. § 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro. § 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

a pena em dobro, conforme o artigo 1º, VII, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.¹³

Sobre o crime de epidemia, Guilherme de Souza Nucci explica:

Causar (dar origem ou produzir) epidemia (doença que acomete, em curto espaço de tempo e em determinado lugar, várias pessoas), mediante a propagação (ato de espalhar ou disseminar) de germes patogênicos (micro-organismos capazes de gerar doenças, como os vírus e as bactérias, dentre outros).¹⁴

Para incorrer no crime, o agente precisa conter consigo os germes patogênicos e adentrar determinada região que esteja livre de infecção, transmitindo-o para um número indeterminado de pessoas.

O elemento subjetivo é o dolo (direto ou eventual), mas também se admite a modalidade culposa, em que a pena será de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção, aplicando-se em dobro se resultar em morte. Ainda, segundo Rogério Sanches Cunha:

Em razão das penas cominadas, nenhum dos benefícios da Lei 9.099/95 é admitido, exceto na modalidade culposa, em que, se não houver morte, permite-se a transação penal e a suspensão condicional do processo.¹⁵

Qualquer pessoa pode cometer o crime de epidemia, desde que esteja contaminado e que a região afetada não possua o germe patogênico, caso contrário se estará diante da figura do crime impossível, visto a ineficácia absoluta do meio utilizado para a instalação de uma epidemia.¹⁶

¹³ Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: [...] VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1313.

¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 601.

¹⁶ Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**.

O mundo contemporâneo vive uma pandemia desencadeada pelo novo Coronavírus, o qual provoca a doença Covid-19. É importante esclarecer as diferenças entre surto (quando uma doença atinge uma região específica e de forma repentina), epidemia (doença que afeta número indeterminado de pessoas em diversas regiões, podendo ser a nível municipal, estadual ou nacional), pandemia (ultrapassa as fronteiras e atinge diversos países ou continentes, sendo uma espécie de “epidemia global”), endemia (doença que atinge uma localidade repetidamente, podendo ser sazonal).¹⁷

No contexto atual, como a Covid-19 já se proliferou por diversas regiões, pode ser difícil vislumbrar a consumação do delito do artigo 267 do Código Penal, mas não é totalmente impossível. Como exemplo de cenário propício, basta uma área livre do vírus (como um vilarejo mais afastado de outras comunidades) e a presença de algum indivíduo portador do agente infeccioso.

3.2 INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA

Trata-se de dispositivo penal cujo o objetivo principal é impedir, por meio de determinação do poder público, a introdução ou a propagação de doença contagiosa em território nacional, visando resguardar a saúde pública e a vida da população. A infração de medida sanitária preventiva é crime doloso e está tipificado no artigo 268 do Código Penal¹⁸, com pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.

Não há qualidade especial para figurar no polo ativo do tipo, podendo qualquer pessoa incorrer no artigo 268 do Código

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹⁷ MATSUKI, Edgard. Surto, epidemia, pandemia e endemia: entenda qual é a diferença entre eles. **Uol**. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/surto-epidemia-pandemia-e-endemia-entenda-qual-e-a-diferenca-entre-eles.htm>. Acesso em: 17 mai. 2021.

¹⁸ Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

Penal. Já o sujeito passivo será a coletividade, além do indivíduo lesado no caso concreto, se houver.

Quanto aos elementos objetivos do tipo, Guilherme de Souza Nucci descreve:

Infringir (violar ou transgredir) determinação do poder público (ordem ou resolução dos órgãos investidos de autoridade para realizar as finalidades do Estado. Trata-se de norma penal em branco, dependente de outra que venha a complementá-la, para que se conheça o seu real alcance), destinada a *impedir* (obstruir ou tornar impraticável) a introdução ou a propagação de doença contagiosa (enfermidade que se transmite de um indivíduo a outro por contato imediato ou mediato).¹⁹

Por se tratar de uma normal penal em branco²⁰, o artigo 268 do Código Penal – infração de medida sanitária preventiva – naturalmente necessita de um outro dispositivo legal que promova a sua devida complementação, podendo finalmente ser aplicado aos eventuais casos concretos.

Trazendo para o contexto atual em que o mundo se vê inserido por conta da Covid-19, foi editada a Lei nº 13.979, publicada em 6 de fevereiro de 2020, servindo como complemento ao artigo 268 do Código Penal. Tal dispositivo trouxe uma série de medidas de enfrentamento à pandemia do novo coronavírus.

Muitas divergências surgiram com a edição da Lei nº 13.979, principalmente no que tange à competência federativa para tratar sobre a adoção de medidas necessária ao combate da Covid-19. O principal ponto da confusão foi estabelecer se os Estados e Municípios possuem competência para editar os seus próprios dispositivos normativos na busca pelo enfrentamento da pandemia. A controvérsia começou com o surgimento da

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1314.

²⁰ Grande parte dos dispositivos incriminadores possuem preceito completos, os quais descrevem perfeitamente a conduta tipificada e sua respectiva sanção. Por outro lado, algumas normas precisam ser complementadas por outro ato normativo para alcançar a completude, tendo em vista preceitos genéricos ou indeterminados. Tais dispositivos são chamados de normas penais em branco. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 425.

Medida Provisória 926/2020²¹, que foi editada pelo Presidente da República. A MP previa, entre outros comandos, que a competência para editar e gerir certas medidas contra a Covid-19 ficaria concentrada no Governo Federal.

O Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática (ADI 6.341 – Ação Direta de Inconstitucionalidade)²², decidiu no sentido de deixar explícito a competência concorrente dos entes federados nas tomadas de decisões contra a Covid-19, entendimento que foi referendado pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal (STF), explicitando a autonomia dos Estados e Municípios no enfrentamento da pandemia provocada pelo novo Coronavírus. O julgado da Suprema Corte reafirmou a competência concorrente, constitucionalmente estabelecida, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que tange ao tratamento sobre saúde pública, nos limites de suas respectivas atribuições.

Passando ao caso concreto, para fins de exemplificação quanto ao delito de infração de medida sanitária preventiva (artigo 268 do Código Penal), algumas situações podem ser observadas, como o agente que decide abrir o seu estabelecimento comercial e descumprir determinação de quarentena estabelecida pelo Município. Outro exemplo, seria o indivíduo que, contaminado, desrespeita o isolamento e busca frequentar lugares públicos, interagindo com outras pessoas.

3.3 PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE

Tipificado no artigo 131 do Código Penal²³, o crime de perigo de contágio de moléstia grave busca tratar sobre o agente

²¹ BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 17 mai. 2021.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341**, referendo em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquia do sistema único de saúde. Competência comum. Medida cautelar parcialmente deferida. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2021.

²³ Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. BRASIL. **Código Penal**

que, por qualquer meio, pratique ato capaz de transmitir à terceiros moléstia grave de que possua:

Pune-se aquele que, contaminado de moléstia grave (curável ou não) e contagiosa (ex.: tuberculose, febre amarela, lepra, difteria, poliomielite etc.), pratica qualquer ato capaz de transmiti-la a outrem.²⁴

Qualquer pessoa pode cometer o delito ora analisado, exigindo-se apenas que o agente esteja infectado com o germe patogênico. Quanto ao sujeito passivo do tipo, não há condição especial para figurar como vítima.

Em que pese o crime seja classificado como de perigo (consuma-se com a simples exposição de alguém ao perigo de contágio), seu dolo é de dano, sendo imprescindível a intensão do agente de contaminar terceiro com moléstia de que está contaminado, não admitindo-se, logo, a modalidade culposa.²⁵

Ainda, tratando sobre a característica subjetiva do agente, de acordo com as palavras de Fernando Capez:

Não se admite, na espécie, o dolo eventual de dano, em face de sua incompatibilidade com o elemento subjetivo do tipo, que exige expressamente que o agente queira transmitir a moléstia.²⁶

No mesmo sentido, Mirabete descreve:

Consiste o dolo na vontade de praticar o ato. Exige-se o elemento subjetivo do tipo, ou seja, querer o agente o contágio (dolo específico). Não há esse crime, assim, quando o agente atua com dolo eventual em que, não

Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 maio. 2021.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 139.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 913.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte Especial: arts. 121 a 212.18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 181.

querendo o contágio, assume o risco de provocá-lo. Residualmente, poderá ocorrer o crime de lesão corporal.²⁷

Assim, mesmo nos casos em que o agente, sabendo estar contaminado, pratica ato com potencial de perigo, não necessariamente estará caracterizado o crime do artigo 131 do Código Penal, pois é indispensável a intenção de contaminar terceiro, ou seja, o dolo direto específico, além da prática de ato capaz de produzir o contágio.

Caso o perigo de contágio não seja provocado mediante dolo direto, o agente poderá responder pelo crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, descrito no artigo 132 do Código Penal, ou, residualmente, por lesão corporal (artigo 129 do Código Penal) se constatada a consumação do contágio.

3.4 PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM

O crime de perigo para a vida ou saúde de outrem está descrito no artigo 132 do Código Penal²⁸, o qual tipifica a situação em que o agente pratica determinado ato com o intuito de colocar a vida ou a saúde da vítima em perigo direto e iminente, mas sem desejar a consumação do dano.

No contexto da pandemia, o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem pode ser facilmente confundido com o seu antecessor, pois ambos buscam tratar sobre a conduta de expor a vítima ao perigo de contágio. Porém, explorando a diferença entre os dois dispositivos, o artigo 131 tem como objetivo punir aquele que, com a intenção de contaminar (dolo direto, apenas), pratica ato capaz de fazê-lo. Já o artigo 132, ora estudado, trata sobre a conduta intencional de expor terceiro ao perigo de infecção, mas sem o intuito de produzir o resultado danoso (dolo direto ou eventual).

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBLINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 97.

²⁸ Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

O artigo 132 do Código Penal se trata de crime comum. Assim, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Já o sujeito passivo do tipo será, segundo Fernando Capez:

Qualquer pessoa, apenas se exige que o sujeito passivo seja determinado, pois o crime ora em estudo é pacificamente havido como de perigo individual. Se não o for, há crime de perigo comum (arts. 250 e s. do CP).²⁹

Assim, se o agente praticar ato contra número indeterminado de pessoas, não incidirá o delito do artigo 132 do Código Penal, pois haverá crime de perigo comum.³⁰ O tipo traz a necessidade de o delito ser praticado contra uma ou mais pessoas, desde que elas sejam determinadas.

Destaca-se, que conforme previsão expressa no próprio dispositivo, o crime do artigo 132 do Código Penal só será aplicado caso o fato não constituir crime mais grave, atribuindo-se caráter subsidiário ao tipo.

3.5 LESÃO CORPORAL

O crime de lesão corporal está previsto no artigo 129 do Código Penal³¹, o qual busca resguardar a integridade física e a saúde das pessoas, inclusive mental. O tipo possui algumas qualificadoras previstas em seus parágrafos, sendo elas a modalidade grave (§ 1º), gravíssima (§ 2º) e seguida de morte (§ 3º).

Visando um melhor entendimento do crime de lesão corporal, Fernando Capez traz algumas características interessantes:

²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte Especial: arts. 121 a 212.18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 183.

³⁰ Crime de perigo comum é aquele cujo o ato atinge a coletividade, ou seja, um número indeterminado de pessoas – tradução livre do autor.

³¹ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

Para a sua configuração é preciso que a vítima sofra algum dano ao seu corpo, alterando-se interna ou externamente, podendo, ainda, abranger qualquer modificação prejudicial à sua saúde, transfigurando-se determinada função orgânica ou causando-lhe abalos psíquicos comprometedores.³²

Qualquer pessoa poderá figurar nos polos do crime de lesão corporal (crime comum). Entretanto, destaca Rogério Sanches Cunha que, “[...] nas hipóteses do art. 129, §§ 1º, IV, e 2º, V, a vítima deve, necessariamente, ser mulher grávida.”³³

O elemento subjetivo do tipo é o dolo (*caput* e §§ 1º e 2º), consistente na vontade livre e consciente de causar a lesão corporal. Ainda, o crime pode ser punido a título de culpa (§ 6º) e preterdoloso (§§ 1º, 2º e 3º).³⁴ No delito preterdoloso, o agente pratica o ato com dolo, mas o seu resultado é diverso daquele pretendido.

Começando pelo *caput* do artigo 129 do Código Penal, temos a lesão corporal considerada “simples”, que descreve a conduta do agente que comete algum tipo de agressão contra a vítima, não enquadradas nas hipóteses dos §§ 1º, 2º e 3º (qualificadoras). A pena será de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A primeira qualificadora prevista no dispositivo é a lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, incisos de I a IV), que recai sobre o ato quando o dano resultar em: incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; ou aceleração de parto. A pena passa a ser de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Já a lesão corporal gravíssima (artigo 129, § 2º, incisos de I a V), ocorrerá quando o dano resultar em: incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização do membro, sentido ou função; deformidade

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212.18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 895.

³³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 108.

³⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 113.

permanente; e aborto. A pena será de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Se o dano causado resultar no óbito da vítima, o agente responsável responderá por lesão corporal seguida de morte (artigo 129, § 3º), com pena que vai de 4 (quatro) a 12 (doze) anos de reclusão.

A lesão corporal é mais um dos dispositivos presentes no Código Penal com possibilidades de aplicação no contexto da pandemia, visando a responsabilização daqueles que lesam terceiros com a transmissão da Covid-19, sendo aplicada quando a infecção for efetivamente consumada.

De antemão, ressalta-se que nos casos em que a lesão corporal causada pela transmissão do agente patogênico for de natureza simples, incidirá o crime de perigo de contágio de moléstia grave (artigo 131 do Código Penal), tendo em vista que o mesmo possui pena superior ao crime de lesão corporal simples.

De acordo com Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Se ocorrer a transmissão da doença e as lesões forem consideradas leves (apesar de a doença ser grave), o agente só responderá pelo crime do art. 131, que tem pena maior. Se, entretanto, as lesões forem graves ou gravíssimas, o agente responderá pelo crime de lesões corporais.³⁵

Assim sendo, se a lesão suportada pela vítima for enquadrada em algumas das hipóteses dos §§ 1º, 2º e 3º, será configurada lesão corporal qualificada, a exemplo do perigo de vida (artigo 129, § 1º, II), que é muito comum pela natureza do novo coronavírus, principalmente se o infectado for idoso ou pessoa acometida por alguma enfermidade.

Para que o agente possa ser responsabilizado pela lesão corporal, deve-se verificar a existência de dolo na transmissão do vírus, observando-se a intensão de utilizar a Covid-19 para causar danos à integridade física ou à saúde da vítima. Já na modalidade culposa, embora o dolo seja dispensável, é

³⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 183). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 234.

necessário que o agente tenha ciência de que está infectado, pois só assim será possível caracterizar a imprudência ou, dependendo do contexto fático, a negligência em sua conduta, uma vez que não poderia o agente agir de tal maneira caso não fosse de seu conhecimento a própria condição de contaminado.

Na hipótese do § 3º do artigo 129, caso haja óbito, o indivíduo responderá por lesão corporal seguida de morte, desde que as circunstâncias evidenciem que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo (artigo 129, § 3º, do Código Penal). O crime é considerado preterdoloso, ou seja, o agente pratica uma ação dolosa, mas o resultado é agravado, de forma culposa. Caso o indivíduo queira a morte da vítima, será indiciado por homicídio doloso.

3.6 HOMICÍDIO

O crime de homicídio está previsto no artigo 121 do Código Penal³⁶, o qual tipifica a conduta de ceifar a vida de outrem, independente dos meios aplicados para tal, podendo ser cometido nas seguintes modalidades: doloso simples (*caput*); doloso privilegiado (§ 1º); doloso qualificado (§ 2º); culposo (§ 3º); culposo majorado (§ 4º, primeira parte); e doloso majorado (§ 4º, segunda parte, e § 6º).

O crime de homicídio atenta contra a vida do ser humano, o bem jurídico mais valioso – constitucionalmente protegido. Quanto aos aspectos de tal crime nefasto, cujo o resultado é a interrupção prematura da vida humana, leciona Rogério Sanches Cunha:

Por ser crime de forma livre, comporta mecanismos diretos (fortes o suficiente para, por si sós, provocarem a morte, como, por exemplo, desferir tiros de arma de fogo contra o ofendido), indiretos (dependentes de outro instrumento, como instigar um louco a matar a vítima), materiais (atingem a integridade física de forma mecânica, química ou

³⁶ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

patológica), morais (atuam através da produção de um trauma no ofendido, como a geração de um enfarte, decorrente de uma grave ofensa).³⁷

O homicídio pode ser cometido tanto na modalidade dolosa quanto na culposa. É crime comum, ou seja, não se exige qualquer qualidade especial para que o indivíduo figure no polo ativo ou no passivo.³⁸

A forma tentada no homicídio é admitida, uma vez que a execução do delito pode ser fracionada em diversos atos (delito plurissubsistente). A tentativa restará caracterizada quando o resultado pretendido (morte da vítima) não for consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente.³⁹

Na atual conjuntura pandêmica em que o mundo se encontra, abrem-se as possibilidades de aplicação do ora dispositivo estudado aos casos de morte por contágio de agentes patogênicos, mais especificamente pela transmissão da nova espécie de coronavírus, a infecção respiratória aguda “Covid-19”.

Se um indivíduo, sabendo estar infectado, transmitir o vírus à terceiro, por imprudência ou negligência sua, responderá por homicídio culposo, caso o resultado seja a morte da vítima. Observa-se que não há a figura da lesão corporal seguida de morte aqui (crime preterdoloso), visto a inexistência do dolo de dano.

Nas palavras de Fernando Capez, explica-se:

Se da conduta de expor a perigo advier a morte da vítima, responderá o agente pelo delito de homicídio culposo (CP, art. 121, § 3º). Importante notar que jamais responderá o agente pelo delito de “lesão corporal seguida de morte”, ou seja, pelo crime preterdoloso, na medida em que o agente

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 847.

³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212.18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 58-61.

³⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 54.

não age com dolo de dano, com o ânimo de lesionar, mas tão somente com o dolo de perigo.⁴⁰

Ou seja, se a intenção do agente era causar apenas o contágio, mas acabou por resultar no óbito da vítima, estaremos diante da figura do crime de lesão corporal seguida de morte (artigo 129, § 3º, do Código Penal), mais conhecido pela doutrina como “homicídio preterdoloso”. Por outro lado, se a transmissão do vírus da Covid-19 for realizada com o intuito de tirar a vida da vítima, o agente poderá responder por homicídio doloso, subsistindo a forma tentada caso o resultado não seja alcançado.

3.7 DESOBEDIÊNCIA

O crime de desobediência está previsto no artigo 330 do Código Penal⁴¹, o qual descreve a conduta (comissiva ou omissiva) de não obedecer a ordem legal de funcionário público. A pena para quem infringir tal dispositivo é de detenção, de 15(quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

O sujeito ativo do crime de desobediência poderá ser qualquer pessoa, visto que ninguém está acima da lei. Quanto ao sujeito passivo, haverá a figura do Estado (sujeito imediato) e do funcionário público (sujeito mediato). Nas palavras de Rogério Sanches Cunha: “O Estado, desprestigiado na sua autoridade, e secundariamente, o funcionário autor da ordem desobedecida, são vítimas do crime em estudo.”⁴²

Quanto ao elemento subjetivo do crime, é o dolo, não havendo previsão para punir a modalidade culposa. Segundo Guilherme de Souza Nucci: “O engano quanto à ordem a ser

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212.18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 185.

⁴¹ Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁴² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 798.

cumprida (modo, lugar, forma, entre outros) exclui o dolo. O fato será atípico por não existir a forma culposa”.⁴³

No contexto pandêmico provocado pela Covid-19, como exemplo do crime de desobediência, podemos imaginar o descumprimento de ordem policial que determine a utilização de máscara, diante de decreto que proíba a circulação de pessoas sem máscaras em locais públicos.

É importante destacar que a caracterização do crime de desobediência não está direcionada ao descumprimento de medida sanitária preventiva, não podendo ser confundido com o artigo 268 do Código Penal. O delito de desobediência restará caracteriza do quando o indivíduo não respeitar alguma ordem dada por funcionário público que esteja no exercício de sua função legal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, percebe-se que o Direito Penal possui um papel de extrema importância na prevenção e no combate da propagação do novo coronavírus, o que nos permite chegar à conclusão de que a esfera penal será muito acionada para resolver problemas oriundos da atual realidade pandêmica em que o mundo se encontra.

A responsabilização criminal de cada indivíduo deve ser cuidadosamente analisada pelo poder estatal, visto que o atual contexto é novo e cheio de incertezas para a humanidade, forçando-nos a refletir sobre um possível Direito Penal mais presente no cotidiano de todos os cidadãos. A adaptação a uma nova realidade pode ser algo difícil para muitos, mas, em contra partida, benéfica e oportuna para outros, principalmente na criação de contextos que favoreçam o ilícito penal.

Os operadores que representam a máquina judiciária precisam demonstrar perícia e percepção do contexto atual em que a humanidade se encontra, visto que a responsabilidade penal nem sempre será de fácil identificação no cotidiano das

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1487.

peessoas, que até então viviam suas vidas normalmente. A realidade é nova para todos, inclusive para os órgãos estatais, que precisam enfrentar apenumbra e buscar pela restauração da normalidade, visando sempre o bem comum da sociedade.

A legislação pátria disponibiliza ferramentas às autoridades para que possam buscar o enfrentamento da atípica realidade que vivemos, seja por meio de medidas preventivas ou por punições aos que insistem em não colaborar com a luta contra o novo coronavírus, seja de forma intencional ou não.

O presente estudo concluiu que o Direito Pena l pode e deve ser aplicado em determinados casos envolvendo a Covid-19, possuindo diversos dispositivos que possibilitam a responsabilização penal diante da pandemia do novo coronavírus. O código Penal prevê certas implicações criminais aos cidadãos, indo desde a tipificação do delito de epidemia, infrações de medidas sanitárias preventivas, ou até mesmo crimes como o de homicídio e o de lesão corporal.

Uma boa parcela da população não possui a menor consciência de que suas atitudes frente à pandemia podem acarretar em sérias complicações jurídicas, inclusive no âmbito criminal. A sociedade precisa atuar em conjunto com o Estado na busca pela superação de um grande problema que se mostra desafiador, dia após dia. A humanidade deverá aprender, adaptar-se e evoluir, visto que talvez o mundo moderno pós-pandêmico não volte mais a ser o mesmo que conhecíamos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 10 de mai. 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 10 de mai. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 17 de mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341**. Referendo em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquia do sistema único de saúde. Competência comum. Medida cautelar parcialmente deferida. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 183). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 234.

GOV.BR. **O que é Covid-19?** Disponível em:
<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 22 abr. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBLINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MATSUKI, Edgard. Surto, epidemia, pandemia e endemia: entenda qual é a diferença entre eles. **Uol**. Disponível em:
<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/surto-epidemia-pandemia-e-endemia-entenda-qual-e-a-diferenca-entre-eles.htm>. Acesso em: 17 mai. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OPAS. **Histórico da Pandemia de COVID-19**. Disponível em:
<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 17 mai. 2021.

SANAR. **Linha do tempo do Coronavírus no Brasil**. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 22 mai. 2021

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NOS PROCEDIMENTOS REALIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

CIVIL LIABILITY FOR MEDICAL ERROR IN PROCEDURES CARRIED OUT BY THE SINGLE HEALTH SYSTEM

**Joana Rodrigues Demétrio¹
Fernanda Ambros²**

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto tratar sobre a responsabilidade civil por erro médico nos procedimentos realizados pelo Sistema Único de Saúde. Para se chegar ao objetivo do trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautada na análise da doutrina, jurisprudência e da legislação vigente. O método utilizado foi o dedutivo. Neste trabalho foram traçados breves apontamentos sobre a teoria da responsabilidade civil e sobre erros médicos. Em seguida, tratou-se sobre o SUS, bem como sobre a responsabilidade civil nos casos de erros médicos praticados nos atendimentos realizados por estabelecimentos públicos e privados conveniados. Ao final, verificou-se que a responsabilidade civil nos casos de erros praticados em atendimentos médicos realizados pelo SUS, em hospitais privados e públicos, é do Estado e possui natureza objetiva. Outrossim, observou-se ainda, que no que tange aos hospitais privados conveniados, o ente a ser responsabilizado será aquele que promoveu o convênio com a entidade privada. Ainda, observa-se a importância conferida ao SUS, mas também a necessidade de reparação dos danos ocasionados por erros

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: joana.demetrio.1998@gmail.com.

² Mestre em Direito pela UNESC. Especialista em Direito e Processo Tributário (Estácio de Sá). Especialista em Direito e Processo Penal (Uniasselvi). Graduada em Direito (UNISUL). Técnica Judiciário Federal e Professora do curso de Direito da FUCAP/UNIVINTE nas disciplinas de Processo Civil I, Processo do Trabalho e Direito Civil IV.

médicos promovidos pelos profissionais da área médica atuantes no sistema.

Palavras chaves: Responsabilidade civil. Responsabilidade do médico. Responsabilidade do Estado. Erros médicos.

Abstract: *The present work aims to deal with civil liability for medical errors in the procedures performed by the Unified Health System. In order to reach the objective of the work, the bibliographic research technique was used, through legal interpretation based on the analysis of the doctrine and the legislation in force, as well as the deductive method. In this work, brief notes were drawn on the theory of civil liability and on medical errors. Then, it dealt with the SUS, as well as civil liability in cases of medical errors committed in care provided by public and private establishments with agreements. In the end, it was found that civil liability in cases of errors committed in medical care provided by the SUS, in private and public hospitals, belongs to the State and has an objective nature. Furthermore, it was also observed that with regard to private hospitals with agreements, the entity to be held responsible will be the one that promoted the agreement with the private entity. Still, the importance given to the SUS is observed, but also the need to repair the damage caused by medical errors promoted by professionals working in the system.*

Keywords: *Civil liability. Medical liability. State responsibility. Medical errors.*

1 INTRODUÇÃO

Observa-se que há um aumento expressivo de atendimentos no sistema de saúde e com isso, inúmeros são os casos de erros praticados pelos profissionais desta área, ocasionando diversos prejuízos às pessoas.

Sendo assim, para a reparação dos danos ocasionados, há a teoria da responsabilidade civil que abarca o estudo acerca da responsabilização dos indivíduos por atos e omissões praticados por eles que venham a causar danos a terceiros.

No que tange à área médica, muitos atendimentos são realizados no Sistema Único de Saúde, tanto em hospitais particulares, como públicos. E nesses casos pergunta-se a quem caberá a responsabilização pela reparação dos danos ocasionados aos pacientes por erros médicos?

Nesse diapasão, o tema central da presente pesquisa é estudar a responsabilidade civil por erro médico nos procedimentos realizados pelo Sistema Único de Saúde.

Para tanto, o presente artigo está dividido em quatro tópicos. Após a introdução, o segundo tópico tem por objetivo tratar sobre a teoria da responsabilidade civil, em especial na área médica, abordando também os tipos de erros médicos mais comuns.

No terceiro tópico tratar-se-á sobre o Sistema Único de Saúde e sobre o objeto deste trabalho, qual seja, discorrer-se-á acerca da responsabilidade civil por erro médico nos procedimentos realizados pelo SUS.

Por fim, a presente pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação para se evitar a continuidade de possíveis erros médicos e a maior aplicabilidade de responsabilização civil.

O método de abordagem utilizado será, predominantemente, o método dedutivo, partindo de dados gerais, adentrando na análise dos dispositivos vinculados ao SUS, bem como à teoria da responsabilidade civil e do erro médico.

Para se chegar ao objetivo deste trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautada na análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação vigente.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA MÉDICA E ERRO MÉDICO

A responsabilidade civil tem aplicabilidade em qualquer situação que implique na necessidade de reparação de eventual

dano causado por ato omissivo ou comissivo de determinado agente³.

Dessa forma, denota-se que a responsabilidade civil é bastante abrangente, devendo ser observada sempre que ocorrer o evento danoso.

Sendo assim, também na área médica aplica-se a teoria geral da responsabilidade civil, com o intuito de evitar ou reparar prejuízos causados pelos profissionais desta área aos seus pacientes. Com efeito, é importante que o médico compreenda os seus direitos, obrigações e suas prerrogativas frente a uma violação de um direito do paciente, decorrente de atos praticados ou de suas omissões decorrentes do exercício da profissão.

Então, considerando o tema desta pesquisa, torna-se necessário discorrer sobre a responsabilidade civil do médico, o que se abordará no próximo item.

2.1 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA MÉDICA

A responsabilidade civil consiste na obrigação da reparação do dano por parte do agente, podendo este ser pessoa física ou jurídica, que promoveu a violação de um dever jurídico preexistente. Sendo assim o agente deverá ser obrigado a reparar ou ressarcir o dano que ele causou, ainda que por ação ou omissão, negligência ou imprudência, na inteligência do artigo 159 do Código Civil de 2002⁴.

Assim, pode-se afirmar, conforme ensina Cavalieri Filho, a “violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.”. A responsabilidade é definida como um dever jurídico previamente existente, sendo

³ SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁴ PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. Responsabilidade Civil: Resumo Doutrinário e principais apontamentos. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/405788006/responsabilidade-civil-resumo-doutrinarioeprincipais-apontamentos>. Acesso em: 8 jun. 2021.

um dever de que o agente podia conhecer, observar e dar cumprimento ao ato⁵.

Deve-se atentar, ainda, sobre a diferença entre obrigação e responsabilidade. Obrigação tem relação com o ato de se cumprir com determinada obrigação previamente estabelecida; já a responsabilidade tem a ver com a violação de uma obrigação, ou com um ato ou uma omissão que ocasionam danos a terceiros⁶.

Outrossim, para caracterização da responsabilidade civil deve-se demonstrar a existência do requisito relacionado ao nexo de causalidade, que é definido por Tartuce como sendo o “elemento imaterial da responsabilidade civil”, sendo definido como a “relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado”⁷. Ou seja, para haver o dever de reparar, é necessária a comprovação do dano, da conduta ou omissão e da relação entre os atos praticados e o prejuízo ocasionado, que nada mais é do que o nexo de causalidade.

Por sua vez, a conduta é o ato comissivo, também chamado de conduta positiva, enquanto que o ato omissivo se traduz numa omissão do agente, sendo que ambos os atos podem se dar de forma culposa ou dolosa⁸.

Ainda, a responsabilidade civil divide-se em várias espécies: subjetiva, objetiva, extracontratual ou contratual.

No que se refere à responsabilidade civil subjetiva, trata-se de uma conduta voluntária, estando vinculada a um ato comissivo ou omissivo, estando relacionados ao dolo ou à imprudência, imperícia ou negligência do agente⁹.

A responsabilidade civil subjetiva encontra-se disciplinada nos artigos 186 e 187 do Código Civil que assim preveem:

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 10.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 12.

⁷ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 305.

⁸ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 242.

⁹ SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

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.
Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁰.

Nos casos da responsabilidade subjetiva, em especial do médico, o sujeito lesionado deverá, então, provar que houve culpa do profissional no ato praticado.

No que tange à responsabilidade subjetiva, Tartuce a conceitua da seguinte maneira:

A responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia). Por isso, em regra e no plano civil e processual, a ação de responsabilidade civil pode ser comparada a uma corrida de duas barreiras. Cada uma dessas barreiras representa um ônus existente contra o demandante. A primeira barreira é a culpa e a segunda é o dano¹¹.

E ainda, a responsabilidade civil pode ser tratada de forma objetiva. Neste caso, não há que se demonstrar a culpa do agente, ou se o mesmo agiu de forma negligente, imperita ou imprudente. Com efeito, há obrigação de reparar o dano que foi causado, independentemente da comprovação ou não de culpa, naquilo em que estiver estabelecido em lei¹². O artigo 927 do Código Civil trata sobre as regras relativas à responsabilidade objetiva:

¹⁰ BRASIL. Lei n°. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 mai. 2021.

¹¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 418.

¹² SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), 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 outrem¹³.

Assim, a responsabilidade subjetiva é quando depende da existência de dolo ou demonstração de culpa do agente. No caso de erro médico, a regra geral é que é necessário que o paciente procure uma forma de comprovar se realmente houve a culpa do médico¹⁴. Já a responsabilidade objetiva é quando não depende da comprovação do dolo ou da culpa do agente causador do dano, havendo a necessidade da comprovação da existência do dano causado e da conduta do agente, bem como do nexo causal entre a conduta e o dano¹⁵.

Ainda, a responsabilidade civil é definida, de acordo com o dever jurídico violado e com o dano que foi causado, se a relação jurídica configura-se como contratual ou extracontratual¹⁶.

Em relação à responsabilidade contratual, nestes casos é estabelecido um vínculo jurídico, por meio de contrato estabelecido entre as partes e a própria vontade dos contratantes, havendo, portanto, uma obrigação mútua entre ambos, visando a necessidade de se cumprir com as normas deste instrumento que foram previamente estabelecidas. Caso ocorra a quebra de contrato, a parte que foi lesada pelo inadimplemento, poderá pedir a resolução do contrato ou exigir

¹³ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 mai. 2021.

¹⁴ NASCIMENTO, Gisele. Responsabilidade civil do médico à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269480/responsabilidade-civil-do-medico-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹⁵ NASCIMENTO, Gisele. Responsabilidade civil do médico à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269480/responsabilidade-civil-do-medico-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹⁶ SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

que se faça o cumprimento daquilo que restou estabelecido entre as partes¹⁷.

A responsabilidade civil contratual decorre, então, de um inadimplemento de uma obrigação pelo devedor¹⁸.

Já em relação à responsabilidade civil extracontratual esta é conceituada como a quebra do direito de alguém, sem que se tenha qualquer vínculo obrigatório anterior entre as partes envolvidas¹⁹.

Sobre tais tipos de responsabilidade ensina Tartuce:

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, aprovada no final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual²⁰.

Outrossim, o autor promove a diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual e aduz que aquela é a ausência do cumprimento de uma regra contratual, e esta um ato ilícito praticado por abuso de direito²¹.

Além das questões relativas à responsabilidade subjetiva ou objetiva, contratual ou extracontratual, no que tange à área médica, importa destacar a importância de abordar-se as questões relativas às obrigações de meio e de resultado.

A obrigação de resultado é quando o profissional assume a obrigação de obter um resultado certo e determinado, devendo

¹⁷ SOUZA, Marcus Valério Saavedra Guimarães de. Responsabilidade contratual e extracontratual. **Valério Saavedra Advogado Criminalista**. Disponível em: valeriosaaavedra.com/conteudo_19_responsabilidade-contratual-e-extracontratual.html. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹⁸ ARAÚJO, Luana Marion. Responsabilidade Civil Contratual. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: luanamarion.jusbrasil.com.br/artigos/138416749/responsabilidade-civil-contratual. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹⁹ ARAÚJO, Luana Marion. Responsabilidade Civil Contratual. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: luanamarion.jusbrasil.com.br/artigos/138416749/responsabilidade-civil-contratual. Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: 2015 Editora Método. 368p.

²¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: 2015 Editora Método. 369p.

cumprir o que foi previamente estabelecido. Já a obrigação de meio, é quando o profissional utiliza todas as suas técnicas, habilidades, diligências e providências para que se possa atingir o melhor resultado²².

Assim, no que toca à obrigação de meio, esta consiste no dever de comprovar que a parte devedora de tal obrigação agiu do modo como o credor esperava²³. Isto significa dizer que, se o devedor agiu com culpa, cabe ao credor demonstrar adequadamente, que o devedor não empregou todos os meios e todo o seu conhecimento para sanar o problema da vítima ou paciente²⁴.

Em relação à obrigação de resultado, esta tem caráter objetivo, relacionada à espera de um resultado útil e definido²⁵.

Na área da medicina, existem diversas cirurgias que dizem respeito à obrigação de meio: como nos casos em que o médico é obrigado a realizar a cirurgia em pronto-socorro, a fim de evitar que o problema se agrave e cause danos irreversíveis²⁶.

A obrigação de resultado está relacionada às cirurgias plásticas estéticas, em regra, visto que nesses procedimentos o profissional da medicina assume o risco de atingir o resultado esperado²⁷. Com isso, percebe-se que há uma tendência de se tratar com maior rigor o cirurgião plástico estético, tendo em vista estar obrigado a concluir com o resultado que se definiu²⁸.

E ao tratar sobre a possibilidade de descumprimento da obrigação de resultado, o devedor estará em mora desde o

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: 2020 Atlas. p. 423-424.

²³ COELHO, Natalia Bacaro. A obrigação de meio e de resultado do médico. **Migalhas**, 2020. Disponível em: [migalhas.com.br/depeso/318760/a-obrigacao-de-meio-e-de-resultado-do-medico](https://www.migalhas.com.br/depeso/318760/a-obrigacao-de-meio-e-de-resultado-do-medico). Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁴ COELHO, Natalia Bacaro. A obrigação de meio e de resultado do médico. **Migalhas**, 2020. Disponível em: [migalhas.com.br/depeso/318760/a-obrigacao-de-meio-e-de-resultado-do-medico](https://www.migalhas.com.br/depeso/318760/a-obrigacao-de-meio-e-de-resultado-do-medico). Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁵ RENTERÍA, Pablo Waldemar. **Obrigações de meio e de resultado análise crítica**. P. Coleção Rubens Limongi. v. 9. São Paulo: Métodos, 2011. p. 83 e 84.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 603.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 603.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 603.

momento em que não houver o resultado pretendido. Com isso, será de obrigação do devedor esclarecer que o resultado pretendido entre as partes, não foi obtido por uma situação excludente de responsabilidade, por um surgimento de força maior, na qual impediu de que o credor chegasse no resultado firmado em contrato entre os envolvidos²⁹.

Outrossim, no que tange à responsabilidade na área médica, esta se dá de forma objetiva ou subjetiva. Geralmente, a responsabilidade dos nosocômios é, em regra objetivo, por tratar-se de uma relação de consumo. Já nos casos da responsabilidade do profissional, do médico, esta será de natureza subjetiva, em que há necessidade de demonstração de culpa³⁰.

Sendo assim, o médico deverá responder pelos procedimentos que não deram certo, causando dano ao paciente, devendo responder pelos seus atos desde que sejam comprovados a sua conduta, o dano, o nexo de causalidade e a sua culpa ou dolo³¹.

Após discorrer sobre a responsabilidade civil, em especial no que tange à área médica, no próximo item serão abordados os principais erros praticados pelos profissionais da área da medicina.

2.2 DO ERRO NAS PRÁTICAS MÉDICAS

Antes de adentrar profundamente ao tema referente a esta pesquisa, precisa-se traçar alguns apontamentos sobre o erro médico nos procedimentos realizados na área da saúde,

²⁹ COELHO, Natalia Bacaro. A obrigação de meio e de resultado do médico. **Migalhas**, 2020. Disponível em: [migalhas.com.br/depeso/318760/a-obrigacao-de-meio-e-de-resultado-do-medico](https://www.migalhas.com.br/depeso/318760/a-obrigacao-de-meio-e-de-resultado-do-medico). Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁰ NASCIMENTO, Gisele. Responsabilidade civil do médico à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269480/responsabilidade-civil-do-medico-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 24 abr. 2021.

³¹ NASCIMENTO, Gisele. Responsabilidade civil do médico à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269480/responsabilidade-civil-do-medico-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 24 abr. 2021.

levando em consideração que os danos causados em procedimentos médicos é uma constante.

Com o aumento vertiginoso de procedimentos realizados pelos profissionais da saúde, há muitos equívocos praticados por estes profissionais, causando resultados que não se esperava, em especial danos e prejuízos aos pacientes.

O erro médico decorre de uma ação incontrollável de uma situação que não terá como ser revertida, não estando, muitas vezes, ao alcance da medicina e da ciência reverter o procedimento. O erro ainda pode ser ocasionado por um acidente imprevisível, trata-se de um ato fortuito de quando se torna impossível de ser evitado³².

Havendo a confirmação de uma suspeita de erro médico, será necessário que se tenha todos os documentos comprobatórios ou algum tipo de prova, para que se possa determinar a confirmação do erro, desse modo, havendo essa confirmação, o médico será obrigado a reparar dano causado³³.

Vários fatores podem desencadear e interferir na ocorrência de erro médico, como por exemplo, os fatores fisiológicos, ambientais e psicológicos. Dentre os fatores fisiológicos e até mesmo psicológicos pode-se dizer que há o estresse na área de trabalho, e este pode desencadear a fadiga, sono, sobrecarga, do profissional da medicina. Os fatores ambientais são enquadrados em estímulos visuais, agitação, calor e etc.³⁴

O erro médico constitui, na verdade, um problema de saúde pública, e o pior é que não há notícia de uma sistematização eficaz de condutas e de procedimentos nos casos em que os erros ocorrem. Com isso, há uma grande dificuldade de aceitar o erro, impedindo a ação de tomada de consciência em relação ao problema. As medidas tomadas

³² BARROS, Larissa Suassuna Carvalho. O erro médico e sua responsabilização civil. **Conteúdo Jurídico**, 2014. Disponível em: conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38656/o-erro-medico-e-sua-responsabilizacao-civil. Acesso em: 09 jun. 2021.

³³ BARROS, Larissa Suassuna Carvalho. O erro médico e sua responsabilização civil. **Conteúdo Jurídico**, 2014. Disponível em: conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38656/o-erro-medico-e-sua-responsabilizacao-civil. Acesso em: 09 jun. 2021.

³⁴ CARVALHO, Manoel de. VIEIRA, Alan A. Erro médico em pacientes hospitalizados. **SciELO**, 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0021-75572002000400004&script=sci_arttext&tlng=pt#nota23. Acesso em: 27 abr. 2021.

tentam apenas consertar erros percebidos, que causaram danos aos pacientes, tendo, portanto, uma dimensão localizada.³⁵ Não há políticas eficazes para a diminuição dos equívocos praticados.

Outrossim, um dos erros mais frequentes que se tem ciência é o objeto esquecido dentro do paciente no momento da cirurgia. Em uma notícia publicada pelo site IBSP- Instituto Brasileiro para Segurança do Paciente referente aos erros médicos constatou-se que:

A maior parte dos fatores contribuintes (75%) foi classificada como decorrente de fatores humanos: distração, fadiga, realização de várias tarefas ao mesmo tempo, não cumprimento de normas de segurança da instituição. Em segundo lugar, aparecem os problemas de liderança (25%): falta de políticas de segurança e protocolos de cirurgia segura. Em terceiro lugar, estão os problemas de comunicação, responsáveis por 22% das circunstâncias que levaram a esquecimentos: houve troca de profissionais durante a operação sem a comunicação adequada, não foi elaborado explicitamente um plano para remoção de objetos usados durante a cirurgia ou informações precisas não foram passadas para o exame final antes do fechamento³⁶.

Além disso, pode-se discorrer sobre os erros de diagnóstico que, para Marques, são conceituados como:

Erros de diagnóstico nem sempre são facilmente identificados, visto que existem definições e terminologias variadas e, até mesmo, discordância no meio científico sobre o que especificamente constitui um erro de diagnóstico (que pode envolver atrasos, perdas e apontamentos incorretos). Porém, a relação direta entre um erro de diagnóstico e a segurança do paciente é incontestável³⁷.

³⁵ CARVALHO, Manoel de. VIEIRA, Alan A. Erro médico em pacientes hospitalizados. **Scielo**, 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0021-75572002000400004&script=sci_arttext&tlng=pt#nota23. Acesso em: 27 abr. 2021.

³⁶ Objetos esquecidos: estudo revela em quais cirurgias retenção é mais frequente. **IBSP**, 2019. Disponível em: <https://www.segurancadopaciente.com.br/qualidade-assist/objetos-esquecidos-estudo-revela-em-quais-cirurgias-retencao-e-mais-frequente/>. Acesso: 9 de abr. 2021.

³⁷ MARQUES, Marcela. Falhas no diagnóstico - Amplo risco para o paciente. **IBSP**, [s.d.] Disponível em: <https://www.segurancadopaciente.com.br/ev-adversos-riscos/falhas-no-diagnostico-amplorisco-para-o-paciente/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Conjuntamente a esses erros já citados, podemos citar também outros que podem ocorrer, como por exemplo, o erro no preenchimento de formulário. A partir do momento que ocorrer o primeiro atendimento e nesse o preenchimento já se der de maneira equivocada, todos os demais seguiram-nos mesmos erros. E para que isso não aconteça, precisa-se dar atenção redobrada na hora de preencher e anotar todas as prescrições feitas pelo profissional de saúde³⁸.

Além disso, muitas são as cirurgias realizadas em membros ou órgãos equivocados, o que pode ser ocasionado por um erro no preenchimento do prontuário ou no laudo médico, levando ao erro cirúrgico, ou ainda, em falta de atenção no momento do ato cirúrgico³⁹.

Ademais, um dos problemas ainda recorrentes é a realização de cirurgias desnecessárias, que ocorrem quando houver erro ou uma falha no diagnóstico⁴⁰.

Percebe-se que os erros podem ser cometidos, portanto, a partir de atos omissivos ou comissivos praticados pelo profissional que ocasione uma falha médica, por atos de negligência, imprudência ou imperícia do profissional⁴¹.

Os erros praticados podem gerar aos pacientes danos materiais, de natureza estética e moral levando o paciente a sérios constrangimentos, violando a intimidade e o direito personalíssimo do paciente, à sua saúde, integridade física e imagem.

Nesse caso, deverá ser realizada a reparação, com o intuito de restaurar os danos sofridos, com a finalidade de

³⁸ Erros médicos mais comuns: saiba como evitá-los!. **Meuconsultorio**, [s.d.]. Disponível em: www.meuconsultorio.com/blog/erros-medicos-mais-comuns/. Acesso em: 2 abr. 2021.

³⁹ Erros médicos mais comuns: saiba como evitá-los!. **Meuconsultorio**, [s.d.]. Disponível em: www.meuconsultorio.com/blog/erros-medicos-mais-comuns/. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴⁰ Erros médicos mais comuns: saiba como evitá-los!. **Meuconsultorio**, [s.d.]. Disponível em: www.meuconsultorio.com/blog/erros-medicos-mais-comuns/. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴¹ SANTOS, Caroline Regina. Você sabe o que é Erro Médico? Conheça os seus direitos. **IPOG Blog**, 21 jun. 2017. Disponível em: [blog.ipog.edu.br/saude/o-que-erro-mdico/#:~:text=O%20erro%20m%C3%A9dico%20acontece%20por,o%20m%C3%A9dico%20deixou%20de%20realizar](http://blog.ipog.edu.br/saude/o-que-erro-mdico/#:~:text=O%20erro%20m%C3%A9dico%20acontece%20por,o%20m%C3%A9dico%20deixou%20de%20realizar.). Acesso em: 12 mar. 2021.

minimizar a dor que a vítima sofreu, promovendo o ressarcimento do dano⁴².

Abordado neste tópico sobre responsabilidade civil na área médica e, sobre o erro médico, no próximo item tratar-se-á especificamente sobre o objeto geral desta pesquisa, que é a responsabilidade civil nos procedimentos realizados pelo SUS.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NOS PROCEDIMENTOS REALIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Para discorrer sobre a responsabilidade civil por erro médico nos procedimentos realizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), torna-se necessário, num primeiro momento, tratar sobre o Sistema Único de Saúde.

3.1 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde é um sistema complexo de saúde pública, que abrange todos os tipos de atendimentos, e de forma gratuita, a toda a população brasileira e estrangeira residente no país, proporcionando o acesso universal a todos que aqui se encontram, sem que haja a discriminação entre os pacientes, conforme previsto na Constituição Federal de 1988⁴³.

Nessa linha, a Constituição Federal, em seu art. 196 reza que:

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 recuperação⁴⁴.

⁴² MACEDO, Viviane. Erro médico: Consequências e responsabilidade civil. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://vivimac.jusbrasil.com.br/artigos/253929282/erro-medico-consequencias-e-responsabilidade-civil>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁴³ Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. **Ministério da Saúde**, [s.d.]. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 6 mai. 2021.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 mai. 2021.

Os atendimentos pelo SUS sejam aqueles relacionados à emergência ou não, são realizados nos centros e postos de saúde, incluindo os hospitais públicos. Estes locais são competentes para todos os tipos de atendimentos, desde os mais simples até os mais graves.⁴⁵ Desde modo, o contato inicial se dará em uma unidade básica de saúde, local em que, geralmente, não sendo o caso de uma emergência, ocorre o atendimento inicial do cidadão, conforme garantido em lei. Nesse momento é realizado o agendamento de consultas de atendimentos médicos e de enfermagem, característicos da atenção primária ao paciente. Sendo um caso mais complexo ou de emergência, o paciente é direcionado ao hospital público ou privado conveniado ao SUS⁴⁶.

Outrossim, quando houver falta de leitos em hospitais públicos ou conveniados, a internação se dará em um hospital particular, cujo tratamento deverá ser custeado pela rede pública de saúde, com o reembolso de todas as despesas com o tratamento realizado em hospital particular⁴⁷. Ainda, o Ministério da Saúde, tem a função de fiscalizar e garantir, ações desempenhadas pelo Sistema Único de Saúde⁴⁸.

Trata-se de um órgão permanente e deliberativo, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários. Entretanto, todos os entes públicos estatais devem colaborar para a manutenção do sistema e para o desenvolvimento das práticas voltadas à manutenção da saúde⁴⁹.

⁴⁵ Entenda a importância e funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS). **Femama**, 2016. Disponível em: https://www.femama.org.br/site/br/noticia/entenda-a-importancia-e-funcionamento-do-sistema-unico-de-saude-sus-?gclid=Cj0KCQjw16KFBhCgARIsALB0g8K4n-Dr2iChvWGHbJKEE79MHTtkeRb80JXRi09b6qfIjdioirAZwaAsLaEALw_wcB. Acesso: 22 mai. 2021.

⁴⁶ FERNANDES, Caio Guimarães. O dever do Estado de custear o tratamento em hospital particular. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://caiogf.jusbrasil.com.br/artigos/225965116/o-dever-do-estado-de-custear-o-tratamento-em-hospital-particular>. Acesso em: 6 mai. 2021.

⁴⁷ FERNANDES, Caio Guimarães. O dever do Estado de custear o tratamento em hospital particular. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://caiogf.jusbrasil.com.br/artigos/225965116/o-dever-do-estado-de-custear-o-tratamento-em-hospital-particular>. Acesso em: 6 mai. 2021.

⁴⁸ FERNANDES, Caio Guimarães. O dever do Estado de custear o tratamento em hospital particular. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://caiogf.jusbrasil.com.br/artigos/225965116/o-dever-do-estado-de-custear-o-tratamento-em-hospital-particular>. Acesso em: 6 mai. 2021.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 mai. 2021.

O SUS constitui-se, portanto, em um sistema único voltado à área da saúde, estando previsto no artigo 198, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que taça diretriz relacionada ao financiamento dos serviços públicos de saúde, apontando que os recursos serão provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁵⁰.

Ademais, a Lei n. 8.080 de 1990, traça diretrizes sobre as ações e serviços de saúde promovidas pelas pessoas jurídicas de direito privado ou público, no intuito de resguardar a saúde de todos. Referida Lei prevê em seu art. 4º que, “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde.”⁵¹

Diante disso, o poder público pode promover convênios com clínicas, consultórios médicos e hospitais privados, visando o acesso à saúde de toda a população, garantindo uma complementação ao serviço prestado diretamente pelo Estado. Com isso, denota-se que é dever do Estado arcar com todo o tratamento médico que for estabelecido em rede de saúde privada quando clínicas e hospitais públicos ou conveniados não possuem vagas, garantido a preservação da integridade e a saúde do cidadão⁵².

Percebe-se que, diante da obrigação à proteção à saúde e efetivação deste direito por parte do Estado, o paciente que necessita de um tratamento adequado por parte do poder público, primeiramente deve-se direcionar ao estabelecimento público, e caso este não tenha leitos disponíveis, deverá buscar auxílio de uma unidade particular que tenha algum convênio ou ligação ao SUS⁵³.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 mai. 2021.

⁵¹ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 31 mai. 2021.

⁵² FERNANDES, Caio Guimarães. O dever do Estado de custear o tratamento em hospital particular. **Jusbrasil**, 2015, Disponível em: <https://caiogf.jusbrasil.com.br/artigos/225965116/o-dever-do-estado-de-custear-o-tratamento-em-hospital-particular>. Acesso em: 6 mai. 2021.

⁵³ FERNANDES, Caio Guimarães. O dever do Estado de custear o tratamento em hospital particular. **Jusbrasil**, 2015, Disponível em: <https://caiogf.jusbrasil.com.br/artigos/225965116/o-dever-do-estado-de-custear-o-tratamento-em-hospital-particular>. Acesso em: 6 mai. 2021.

Assim, denota-se a importância do Sistema Único de Saúde para a efetividade do direito fundamental à saúde da população, bem como, o dever do Estado em garantir a tutela deste direito por meio de instituições públicas ou através de convênios com o setor privado.

Sendo assim, insta avançar com a pesquisa, a fim de verificar como se dá a responsabilidade civil nos casos de erro médico decorrente de atendimentos realizados pelo SUS.

3.2 RESPONSABILIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE ERRO MÉDICO DECORRENTE DE ATENDIMENTOS PELO SUS

No que tange à responsabilização por erro médico praticado quando o atendimento for realizado através do SUS, pelos entes públicos, considerando que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, a responsabilidade pelos danos causados será do Estado, conforme estabelecido no artigo 37, §6º, da Constituição Federal⁵⁴. Dessa forma, caberá ao ente público a responsabilidade pelos danos ocasionados por atos ou omissões de seus agentes a terceiros.

Impera destacar que a responsabilização do Estado se dá tanto em relação aos serviços prestados diretamente pelo poder público aos indivíduos, como nos casos em que o serviço de saúde é prestado pela instituição privada, conveniada ao SUS. Desse modo, observa-se que os hospitais privados que possuem convênio com o SUS, prestam um serviço público, como se Estado fosse, e por isso há a responsabilização do Estado. Entretanto, os hospitais conveniados podem ser responsabilizados também de maneira solidária com o Estado,

⁵⁴ O artigo 37, §6º, da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, assim prevê: “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 mai. 2021.

quando houver nexo de causalidade entre o serviço prestado pelo hospital e eventual dano ocasionado – como nos casos relativos às instalações ou serviços de enfermagem do hospital⁵⁵.

Caso venha a ocorrer o erro na prestação de serviço médico realizado pelo SUS, será aplicada, então, a teoria do risco administrativo, a qual considera a responsabilidade civil do Estado de natureza objetiva e exige apenas a comprovação do nexo causal entre o dano e a prestação do serviço médico⁵⁶.

Destarte, para ocorrer a responsabilização, torna-se necessário a demonstração de que o Estado, por seus agentes, deu causa à lesão, excluindo-se a responsabilidade do ente público somente nos casos de força maior, caso fortuito ou de culpa exclusiva da vítima ou de terceiros⁵⁷.

Ocorre que no que tange à responsabilidade civil do profissional de saúde, deve-se analisar a conduta que causou o erro. E o fato desse erro se dar por atendimentos realizados pelo SUS, a responsabilidade se tratará de forma objetiva, por ser um serviço público, sendo de responsabilidade do Estado⁵⁸.

Nesse ponto, destaca-se que, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 (artigo 197), que tratou sobre a importância do serviço público de saúde, cabe ao poder público promover a regulamentação, controle e fiscalização dos serviços de saúde prestados⁵⁹. Sendo assim, é notória a responsabilidade do ente público diante de erros praticados pelos seus agentes ou médicos conveniados.

⁵⁵ BENEZ, Karine Camargo. Responsabilidade Civil do Estado por Erro Médico. **Nakano Advogados Associados**, [s.d.]. Disponível em: <http://nakanoadvogados.com.br/2016/07/01/responsabilidade-civil-do-estado-por-erro-medico/>. Acesso em: 31 mai. 2021.

⁵⁶ FERNANDES, Caio Guimarães. O dever do Estado de custear o tratamento em hospital particular. **Jusbrasil**, 2015, Disponível em: <https://caiojf.jusbrasil.com.br/artigos/225965116/o-dever-do-estado-de-custear-o-tratamento-em-hospital-particular>. Acesso em: 6 de mai. de 2021.

⁵⁷ BENEZ, Karine Camargo. Responsabilidade Civil do Estado por Erro Médico. **Nakano Advogados Associados**, [s.d.]. Disponível em: <http://nakanoadvogados.com.br/2016/07/01/responsabilidade-civil-do-estado-por-erro-medico/>. Acesso em: 31 mai. 2021.

⁵⁸ PERES, Paula Rodrigues. A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde. **Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado-em-virtude-de-erro-medico-cometido-na-prestacao-do-servico-publico-de-saude/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 mai. 2021.

Ademais, consoante exposto nos itens anteriores, em regra, a responsabilidade civil da área média é de natureza subjetiva. Todavia, o médico conveniado ao SUS, quando este presta seus serviços médicos pelo sistema, a responsabilidade por equívoco praticado é do Estado e possui natureza objetiva, não demandando a análise da culpa no caso concreto, devendo apenas ser demonstrado o dano e o nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva do agente.

Desse modo, o Estado será condenado em ressarcir os danos ocasionados, podendo exercer seu direito a propor uma ação regressiva contra o médico que ocasionou o dano e somente caso demonstrada a sua culpa⁶⁰.

Para ilustrar o dever de reparação do Estado por danos sofridos por paciente atendido pelo SUS, extrai-se da jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-SUS- ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE URETEROLITOTOMIA – CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO-DANO MORAL. VALOR RAZOÁVEL. MANUTENÇÃO. JUROS DE MORA-SÚMULA 54/STJ. RECURSOS IMPROVIDOS. 1. O juiz de origem decidiu com base no acervo probatório que houve negligência do corpo médico responsável pelo procedimento cirúrgico. 2. Em face da responsabilidade objetiva do Estado, de assento constitucional, cabe à vítima de erro médico em hospital público, não havendo culpa sua, concorrente ou exclusiva, indenização pelos danos materiais e morais que sofrer. 3. Destarte, a fixação do quantum devido a título de indenização por danos morais, deve levar em consideração a extensão do dano experimentado, a repercussão dos fatos e a natureza do direito subjetivo fundamental violado, não se justificando a redução do valor arbitrado, quando devidamente observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Indenização razoável (R\$ 50.000,00),

⁶⁰ PERES, Paula Rodrigues. A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde. **Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado-em-virtude-de-erro-medico-cometido-na-prestacao-do-servico-publico-de-saude/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

levando em conta o dano experimentado pela paciente. (...) Recurso conhecido e improvido.⁶¹

Entretanto, importa mencionar que não é qualquer ente público estatal que será responsabilizado, mas sim o será aquele que for diretamente responsável pela fiscalização ou manutenção do serviço prestado e do convênio firmado.

O que se discute, então, é qual ente público poderá figurar no polo passivo de uma ação indenizatória, sendo eventualmente responsabilizado pelo dano ocasionado. Observa-se que “a União é responsável pela direção do SUS, o Município, responsável pelo serviço de saúde;” e qualquer ente público pode ser mantenedor de determinada instituição hospitalar.⁶² Há, portanto, divergência jurisprudencial acerca da legitimidade da União, do Município ou dos Estados para figurar nos polo passivo das ações que versam sobre erro médico praticado no SUS, em especial nos casos em que haja convênio firmado com instituição privada.

Para ilustrar, colaciona-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CÍVEL DO ESTADO.

ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO CREDENCIADO PELO SUS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. 1. **"A União Federal não é parte legítima para figurar no polo passivo de ação ajuizada para o ressarcimento de danos decorrentes de erro médico praticado em hospital privado credenciado pelo SUS. Isso porque, de acordo com o art. 18, inciso X, da Lei n. 8.080/90, compete ao município celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde,**

⁶¹ PIAUÍ. Tribunal de Justiça. **Recurso de apelação n. 00025265420098180031**. Desembargador Relator Brandão de Carvalho, data de julgamento 28 de março de 2017. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642740330/apelacao-reexame-necessario-reex-25265420098180031-pi>. Acesso em: 08 jul. 2021.

⁶² PERES, Paula Rodrigues. A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde. **Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado-em-virtude-de-erro-medico-cometido-na-prestacao-do-servico-publico-de-saude/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

bem como controlar e avaliar sua execução." (EREsp 1.388.822/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 3/6/2015) 2. Agravo interno desprovido.⁶³ (Grifo nosso)

Nessa linha, sendo o Município o ente público competente para celebrar contratos e convênios, considerando a sua relação jurídica com o hospital privado em que ocorreu o erro médico durante a prestação dos serviços pelo SUS, o egrégio tribunal entendeu que a legitimidade para atuar no feito deve ser imposta ao Município.

Na mesma seara, posicionou-se referido tribunal em julgado recente:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO CONVENIADO AO SUS. RESPONSABILIDADE MUNICIPAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SOLIDARIEDADE. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. In casu, o acórdão vergastado está em conformidade com a orientação do **Superior Tribunal de Justiça de que o município possui legitimidade passiva nas ações de indenização por falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado credenciado ao SUS**, sendo a responsabilidade, nesses casos, solidária. 2. Outrossim, extrai-se do acórdão vergastado e das razões dos Recursos Especiais que o acolhimento das pretensões recursais demanda reexame do contexto fático-probatório, momento de laudos periciais, para certificar a presença dos requisitos configuradores da responsabilidade civil, quais sejam conduta, nexo de causalidade e dano, o que não se admite ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravos conhecidos para não se conhecer dos Recursos Especiais⁶⁴. (Grifo nosso)

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1428475/PR**. Relator Ministro Sérgio Kukina, publicado em 02/09/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860511385/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1549245-sc-2015-0201950-0/inteiro-teor-860511395>. Acesso em: 31 mai. 2021.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n.1594099 SP**. Relator Ministro Herman Benjamin, publicado em 20/08/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919833234/agravo-em-recurso-especial-aresp-1594099-sp-2019-0293811-6>. Acesso em: 31 mai. 2021.

Do julgado, extrai-se que o Município detém legitimidade para compor o polo passivo de ações de indenização por erro médico cometido em hospital privado credenciado ao SUS. Inclusive, denota-se que há possibilidade de responsabilização solidária do Município e do nosocômio privado, consoante exposto aos alhures.

Sendo assim, configurado o nexó de causalidade entre os atos realizados pelo profissional da área médica atuando pelo SUS em instituição de saúde particular e os danos causados ao paciente, deverá se levar em consideração a relação do estabelecimento privado com o ente público, ou seja, deverá ser investigado a qual ente público referida instituição está vinculada, para então se responsabilizar o ente público respectivo.

Percebe-se ainda, que obviamente, se o dano foi ocasionado por instituição ou clínica de saúde pública, irá se averiguar a qual ente pertence para que este seja responsabilizado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho buscou-se investigar a quem cabe a responsabilização civil nos casos de erros médicos praticados pelo profissional atuante pelo SUS, tanto em hospitais e estabelecimentos privados, quanto públicos.

Para tanto, abordou-se as nuances acerca da teoria da responsabilidade civil, em especial na área médica, e discorreu-se sobre os erros médicos, que são muito comuns no dia-a-dia, principalmente considerando o número expressivo de atendimentos de saúde realizados.

Ainda, discorreu sobre a importância do SUS, abordando-se as suas principais características.

A partir da análise do texto é possível concluir que o sistema de saúde brasileiro é financiado e mantido pelos entes públicos e que, havendo a ocorrência de qualquer erro praticado

nos atendimentos realizados aos pacientes, há o dever de reparação.

Além disso, pôde-se observar que o Estado será responsabilizado pelos prejuízos causados de maneira objetiva, ainda nos casos em que o atendimento se der em hospital ou instituição de saúde privada que detenha convênio com o ente público. Nesse ponto, pôde-se verificar que o ente público que será responsabilizado, será aquele que promoveu o convênio com a instituição privada.

Neste diapasão, denota-se que a reflexão no tocante à responsabilização sob a perspectiva do erro médico nos atendimentos realizados pelo SUS é de extrema importância, pois trata-se de uma questão de tutela do direito à saúde, visando o reestabelecimento dos danos ocasionados, bem como, resguardar o sistema de saúde público.

Assim, em que pese a existência do direito à indenização e reparação, deve-se buscar a efetividade do SUS, assim como a existência de um sistema de saúde de qualidade, de modo que se possa diminuir a quantidade de erros e a garantia da tutela do direito à saúde de todos.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, Luana Marion. Responsabilidade civil contratual. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: luanamarion.jusbrasil.com.br/artigos/138416749/responsabilidade-civil-contratual. Acesso em: 24 abr. 2021.

BARROS, Larissa Suassuna Carvalho. O erro médico e sua responsabilização civil. **Conteúdo Jurídico**, 2014. Disponível em: conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38656/o-erro-medico-e-sua-responsabilizacao-civil. Acesso em: 09 jun. 2021.

BENEZ, Karine Camargo. **Responsabilidade civil do Estado por erro médico**. Nakano Advogados Associados, [s.d]. Disponível em: <http://nakanoadvogados.com.br/2016/07/01/>

responsabilidade-civil-do-estado-por-erro-medico/. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1428475/PR**. Relator Ministro Sérgio Kukina, publicado em 02/09/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860511385/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1549245-sc-2015-0201950-0/inteiro-teor-860511395>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n.1594099 SP**. Relator Ministro Herman Benjamin, publicado em 20/08/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919833234/agravo-em-recurso-especial-aresp-1594099-sp-2019-0293811-6>. Acesso em: 31 mai. 2021.

CARVALHO, Manoel de. VIEIRA, Alan A. Erro médico em pacientes hospitalizados. **SciELO**, 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0021-7557200200040004&script=sci_arttext&tlng=pt#nota23. Acesso em: 27 abr. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COELHO, Natalia Bacaro. A obrigação de meio e de resultado do médico. **Migalhas**, 2020. Disponível em: migalhas.com.br/depeso/318760/a-obrigacao-de-meio-e-de-resultado-do-medico. Acesso em: 24 abr. 2021.

Entenda a importância e funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS). **Femama**, 2016. Disponível em: https://www.femama.org.br/site/br/noticia/entenda-a-importancia-e-funcionamento-do-sistema-unico-de-saude-sus-?gclid=Cj0KCQjw16KFBhCgARIsALB0g8K4n-Dr2iChvvWGhbJKKeE79MH TtkeRb8OjXRi09b6qfIJdio0irAZwaAsLaEALw_wcB. Acesso: 22 mai. 2021.

FERNANDES, Caio Guimarães. O dever do Estado de custear o tratamento em hospital particular. **Jusbrasil**, 2015, Disponível em: <https://caiojf.jusbrasil.com.br/artigos/225965116/o-dever-do-estado-de-custear-o-tratamento-em-hospital-particular>. Acesso em: 6 mai. 2021.

Objetos esquecidos: estudo revela em quais cirurgias retenção é mais frequente. **IBSP**, 2019. Disponível em: <https://www.seguranadopaciente.com.br/qualidade-assist/objetos-esquecidos-estudo-revela-em-quais-cirurgias-retencao-e-mais-frequente/>. Acesso: 9 abr. 2021.

MACEDO, Viviane. Erro médico: Consequências e responsabilidade civil. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://vivimac.jusbrasil.com.br/artigos/253929282/erro-medico-consequencias-e-responsabilidade-civil>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MARQUES, Marcela. Falhas no diagnóstico - Amplo risco para o paciente. **IBSP**, [s.d.] Disponível em: <https://www.seguranca.dopaciente.com.br/ev-adversos-riscos/falhas-no-diagnostico-amplo-risco-para-o-paciente/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

ERROS médicos mais comuns: saiba como evitá-los!

Meuconsultorio, [s.d.]. Disponível em: www.meuconsultorio.com/blog/erros-medicos-mais-comuns/. Acesso em: 2 abr. 2021.

NASCIMENTO, Gisele. Responsabilidade civil do médico à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269480/responsabilidade-civil-do-medico-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 24 abr. 2021.

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. Responsabilidade Civil: Resumo Doutrinário e principais apontamentos. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/405788006/responsabilidade-civil-resumo-doutrinarioeprincipais-apontamentos>. Acesso em: 8 jun. 2021.

PERES, Paula Rodrigues. A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde. **Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado-em-virtude-de-erro-medico-cometido-na-prestacao-do-servico-publico-de-saude/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça. **Recurso de apelação n. 00025265420098180031**. Desembargador Relator Brandão de Carvalho, data de julgamento 28 de março de 2017. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642740330/apelacao-reexame-necessario-reex-25265420098180031-pi>. Acesso em: 08 jul. 2021.

RENTERÍA, Pablo Waldemar. **Obrigações de meio e de resultado análise crítica**. v. 9. São Paulo: Método, 2011. 83-84 p.

SANTOS, Caroline Regina. Você sabe o que é Erro Médico? Conheça os seus direitos. **IPOG Blog**, 21 jun. 2017. Disponível

em: blog.ipog.edu.br/saude/o-que-erro-mdico/#:~:text=O%20erro%20m%C3%A9dico%20acontece%20por,o%20m%C3%A9dico%20deixou%20de%20realizar. Acesso em: 12 mar. 2021.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. **Ministério da Saúde**, [s.d.]. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 6 mai. 2021.

SOUZA, Marcus Valério Saavedra Guimarães de. **Responsabilidade contratual e extracontratual**. Valério Saavedra Advogado Criminalista. Disponível em: valeriosaavedra.com/conteudo_19_responsabilidade-contratual-e-extracontratual.html. Acesso em: 24 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE; Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS
AMBIENTAIS: OMISSÃO NO EXERCÍCIO DO PODER DE
POLÍCIA**

***CIVIL LIABILITY OF THE STATE FOR ENVIRONMENTAL
DAMAGES: OMISSION IN THE EXERCISE OF POLICE
POWER***

**Romerito P. Pocidônio¹
Fernanda Mallmann²**

Resumo: Este artigo objetiva apresentar um estudo sobre a responsabilidade civil do Estado, diante de danos ambientais, analisando a omissão no exercício de seu Poder de Polícia. Para tanto, expõe conceitos, classificação e os princípios mais importantes relacionados ao meio ambiente; explica a responsabilidade civil ambiental e do Estado e seus fundamentos e, por fim, aborda a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais, dando-se ênfase na omissão da proteção ambiental pelo Estado e aos meios de atingir uma fiscalização eficiente e eficaz através do exercício do poder de polícia. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, com uso de pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se partiu de leis, doutrina e jurisprudência para realizar o estudo. Ao final do estudo concluiu-se que na seara ambiental o poder de polícia exsurge como um importante instrumento da Administração Pública que deve ser empregado na proteção do meio ambiente, já que confere ao Estado o poder de fiscalizar e o de regulamentar parâmetros normativos que objetivem salvaguardar a qualidade ambiental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e vindouras e, conseqüentemente, a efetivação do art. 225 da CF de 88.

¹ Aluno do curso de Direito da UNIVINTE – FUCAP. E-mail: romerito.direito2017@outlook.com.

² Professora do curso de Direito da UNIVINTE – FUCAP. E-mail: prof.fernanda@fucap.edu.br.

Palavras-chave: Dano ambiental. Responsabilidade civil do Estado. Omissão.

Abstract: *This article aims to present a study on the State's civil liability, in the face of environmental damage, analyzing the omission in the exercise of its Police Power. Therefore, it exposes concepts, classification and the most important principles related to the environment; explains the State's environmental and civil liability and its grounds and, finally, it addresses the State's civil liability for environmental damage, with emphasis on the State's omission of environmental protection and the means of achieving efficient and effective enforcement through exercise of police power. The deductive approach method was used, with the use of bibliographic research, considering that laws, doctrine and jurisprudence were used to carry out the study. At the end of the study, it was concluded that, in the environmental field, police power emerges as an important instrument of Public Administration that should be used to protect the environment, since it gives the State the power to inspect and regulate normative parameters that aim to safeguard the environmental quality, the ecologically balanced environment for present and future generations and, consequently, the effectiveness of art. 225 of the CF of 88.*

Keywords: *Environmental damage. State's civil liability. Omission.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema “A responsabilidade civil do Estado”, delimitando-se ao estudo sobre a responsabilidade civil ambiental do Estado em situações de danos ambientais e, mais especificamente quanto as causas de omissão em seu poder de polícia.

Nas situações em que o Estado tem o dever de fiscalizar atividades altamente complexas, resultantes de danos ambientais e que causam impactos muitas vezes imensuráveis e irreversíveis ao meio ambiente e à toda sociedade,

encontramos um problema norteador que está em analisar quais os principais fatores ensejadores da omissão estatal e o que é necessário para que o Estado consiga atingir uma fiscalização e atuação mais adequada, e efetiva.

Dada a latente necessidade de uma consciência ambiental global, a problemática apresentada se faz relevante diante da omissão estatal frente aos danos ambientais, em que o Estado, tendo o poder-dever de agir não o faz, ou quando o faz, o faz de modo deficiente, tornando assim, cada vez mais inalcançável o paradigma ambiental previsto no artigo 225 da Constituição Federal, que é o de propiciar às gerações presentes e futuras, o gozo de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Buscamos demonstrar que, por meio de uma fiscalização eficiente e eficaz, através do exercício do seu Poder de Polícia, o Estado deixará de pagar inúmeras indenizações, por vezes, bastante onerosas, recursos que poderão ser destinados a outras demandas da sociedade que são gritantes e precárias, a exemplo da saúde e da segurança pública, entre outras.

Ademais, o meio ambiente é um bem jurídico de valor incalculável e imprescindível à existência humana. Diante de todo arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial da responsabilidade civil que é atribuída ao Estado como defensor e protetor deste bem, este, deve por meio de sua atuação, esforçar-se ao máximo para que os danos ambientais e seus decorrentes impactos sejam mitigados, visando à proteção intergeracional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio.

2 MEIO AMBIENTE

Para se desenvolver questões a respeito do meio ambiente devemos, primeiramente, definir o que se entende por “meio ambiente”, por “meio” e por “ambiente” de maneira específica.

Partindo-se inicialmente do léxico, “meio” significa aquilo que está em um ponto médio; aquilo que não alcança a sua

totalidade; ponto situado no centro de algo; ambiente natural de um ser vivo; âmbito; espaço; meio ambiente ou o conjunto das condições ambientais da natureza em sua interação com os seres vivos em geral e o homem em particular; meio geográfico ou o conjunto de características físicas (relevo, clima, hidrografia etc.) em certo lugar da Terra que influi na vida dos seres que o habitam³.

Em relação ao vocábulo “ambiente”, pode ser entendido como aquilo que rodeia ou envolve por todos os lados e constitui o meio em que se vive. Substantivo masculino, o vocábulo ambiente passou a fazer parte da língua portuguesa em 1783, significando, além do que já foi dito, recinto, espaço, âmbito em que se está ou vive. “Ambiente” é o conjunto de condições materiais, culturais, psicológicas e morais que envolve uma ou mais pessoas. É atmosfera⁴.

A pesquisa da definição dos vocábulos “meio” e “ambiente” leva ao conceito de meio ambiente. Meio ambiente é o conjunto de fatores físicos, biológicos e químicos que cerca os seres vivos, influenciando-os e sendo influenciado por eles. Meio ambiente é sinônimo de natureza ou local a ser preservado e respeitado. Local onde se vive o cotidiano, meio ambiente é a casa, a escola, o trabalho. Meio ambiente é a reunião das relações entre a natureza e o ser humano que interferem muito além da medida em sua vida e em seu comportamento. O meio ambiente foi promovido à categoria de bem jurídico essencial à vida, saúde e felicidade do homem e é o objeto da ecologia⁵.

Somente em 1972, após a Conferência de Estocolmo, que emergiu a consciência da necessidade de uma regulamentação especial do meio ambiente. A primeira lei brasileira que resultou dessa Conferência foi a Lei nº. 6.938/1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo a primeira lei nacional a demonstrar preocupação com o meio ambiente e reconhecendo-o como “bem jurídico autônomo”⁶ e

³ REIS, Wanderlei José dos. **Tutela penal ambiental**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 19.

⁴ REIS, Wanderlei José dos. **Tutela penal ambiental**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 19.

⁵ LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 75.

⁶ MARCHESAN, A.M.M.; STEIGLEDER, A.M.; CAPELLI, S. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 15.

trazendo o conceito de meio ambiente em seu art. 3º, que assim dispõe:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas⁷.

Já a Constituição Federal de 1988, trouxe uma configuração diferenciada, quando em seu art. 225 o classificou como “direito de todos e bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”⁸, atribuindo uma dimensão bem mais significativa a esse bem. Enquanto a definição trazida pela Lei nº. 6.938/1981 se limitava a uma ótica biológica, física ou química, a nossa Carta Magna, trouxe o homem para o cerne da questão ambiental, e se preocupou em garantir um esforço conjunto do Estado, dos indivíduos e de diversos setores da sociedade.

Assim, cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por obrigações de fazer e de zelar pela defesa e preservação do meio ambiente. E o cidadão, sob essa égide deixa de ser mero titular passivo do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, pois passa a ser titular do dever de defender e preservar o meio ambiente.⁹

Ainda, segundo a CRFB/1988¹⁰, o meio ambiente pode ser dividido em físico ou natural, cultural, artificial e meio ambiente do trabalho. Sobre esta classificação, Fonseca explica que:

Meio ambiente físico ou natural é constituído pela flora, fauna, solo, água, atmosfera, e todos os demais elementos naturais responsáveis pelo equilíbrio dinâmico entre os seres

⁷ BRASIL. **Lei 6.938, de 31.08.1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 235.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2021.

vivos e o meio em que vivem, inclusive os ecossistemas (art. 225, caput, §1º, I, a VIII).

Meio ambiente cultural é aquele composto pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, científico e pelas sínteses culturais que integram o universo das práticas sociais das relações de intercâmbio entre homem e natureza (arts. 215 e 216).

Meio ambiente artificial é o constituído pelo conjunto de edificações, equipamentos, rodovias e demais elementos que formam o espaço urbano construído (arts. 21, XX, 182 e segs., e 225).

Meio ambiente do trabalho é o conjunto de condições existentes no local de trabalho relativas à qualidade de vida do trabalhador; ou, ainda, é o integrado pelo conjunto de bens, instrumentos e meios, de natureza material e imaterial, em face dos quais o ser humano exerce as atividades laborais (arts. 7º, XXXIII, e 200, VIII)¹¹.

Percebemos neste contexto que o conceito de meio ambiente extrapola a relação ecológica, compreendendo também, os espaços urbanos, o meio cultural e histórico, arqueológico e paisagístico e ainda o meio ambiente do trabalho. Nesse sentido, vem considerar o meio ambiente a partir de uma concepção unitária, de forma que “o ambiente seja composto por toda a ambiência na qual se move, desenvolve e atua a vida humana.”¹²

Apresentados os diversos conceitos de meio ambiente, passamos na próxima seção à análise sobre a responsabilidade civil por danos ambientais.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

Esta seção aborda a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e os fundamentos da responsabilidade civil ambiental. Para tanto, iniciamos explicando o dano ambiental.

¹¹ FONSECA, Vicente José Malheiros da. Meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* (coord.) **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. v. 2. São Paulo: LTr, 2015. p. 43.

¹² SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20.

3.1 DANO AMBIENTAL

O princípio do desenvolvimento sustentável, também conhecido como Princípio do meio ambiente equilibrado encontra previsão no art. 170, VI da CRFB/1988¹³ que conduz à compreensão de que meio ambiente equilibrado e o desenvolvimento sustentável carregam consigo os mesmos conceitos e finalidades¹⁴.

A noção de sustentabilidade está umbilicalmente ligada a esse “equilíbrio” referido. O desenvolvimento sustentável do meio ambiente, em qualquer de suas formas, somente ocorrerá se a ambiência for equilibrada. O uso equilibrado da terra ou de qualquer outro recurso natural, mesmo voltado ao desenvolvimento econômico ou social, encontra a sua racionalidade ao mesmo tempo em que se depara com o equilíbrio¹⁵.

Contraopondo-se à ideia de equilíbrio, temos o dano ambiental que decorre da atividade lesiva ao meio ambiente que implique em degradação da qualidade ambiental ou em poluição. Inclusive lembramos que nem todo impacto ao meio é considerado dano ambiental, pois existem muitos impactos que podem ser considerados positivos e assim, não figuram no conceito de danosidade. Para haver a configuração de dano, precisamos da comprovação resultante de impactos negativos.

O dano ambiental depois de concretizado, na maioria dos casos, acaba sendo irreparável. Por isso, a necessidade de que a legislação se direcione, cada vez mais, ao contexto de prevenção e precaução. Adotando, com frequência, de forma implícita ou explícita, os chamados princípios ambientais.

O princípio da prevenção está previsto no art. 225, caput, da CRFB/1988 e foi assim referido por Moraes: “conhecido o risco de danos ao meio ambiente, os empreendedores que

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente;

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 73.

¹⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 114.

desenvolvem atividades potencialmente lesivas devem adotar todas as providências necessárias para afastá-los”¹⁶.

A previsibilidade de dano ambiental em qualquer espécie de empreendimento, na fase de sua criação e instalação, deve ocorrer de forma a evitar todas as possíveis consequências negativas ao meio que interfere. Desse modo, como bem coloca Machado¹⁷, o empreendedor poderá evitar o dissabor de disponibilizar vultosas quantias no pagamento de multas administrativas e na reparação civil.

A aplicação correta dos princípios ambientais, antes mesmo da concretização de um plano, conduz a atenção à proteção ambiental. Isso decorre do fato de que muitas vezes, ofendido o meio ambiente, sua recuperação, ou seja, o retorno à situação anterior torna-se praticamente impossível, restando apenas a reparação aos danos¹⁸.

Podemos perceber que quando a legislação trata de dano ambiental, permite um conceito bastante vago e indefinido, isto porque, nem toda alteração do meio será, necessariamente, qualificada como poluição ou dano. Já a doutrina, normalmente apresenta três grandes características quando conceitua dano ambiental. Sua anormalidade; sua periodicidade; e sua gravidade.¹⁹

Queremos dizer que é a gravidade do dano o ponto mais importante para a questão da sua reparação. A tolerabilidade pode excluir a ilicitude e a possível responsabilização, assim, é a perda da qualidade ambiental que identifica e determina quando um dano passa de tolerável a intolerável.

As medidas adequadas para evitar-se de modo eficaz o dano ou risco devem ser adotadas a tempo e a modo, não sendo admitidas escusas acerca do desconhecimento ou dificuldade de sua compreensão. Antecipa-se mesmo à ocorrência do risco. O dano, por sua vez, deve ser evitado, agindo-se com

¹⁶ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 66.

¹⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 70.

¹⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 111.

¹⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 253.

precaução, tendo em vista sua característica de difícil ou mesmo impossível reparação²⁰.

Durante muitos anos houve grande polêmica, na doutrina e na jurisprudência, nacional e estrangeira, sobre a eventual diferença entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção. Muitos entendiam, e alguns doutrinadores ainda entendem, com respeitáveis fundamentos, os dois princípios como sinônimos. Nos últimos anos, contudo, a doutrina, a jurisprudência e a própria legislação evoluíram demonstrando a distinção entre ambos.²¹

Com a multiplicação de riscos apresentados pela sociedade pós moderna, o princípio da prevenção, sofre a necessidade de estender sua função aos fenômenos do risco. E o Direito, necessariamente, deve acompanhar esta extensão, com o objetivo de não estar mais apenas baseado na lógica da prevenção, mas sim, considerando as características quanto à extensão, magnitude e probabilidade dos riscos.

O princípio da precaução, surge, desta forma, como reforço à proteção do meio ambiente. Para o Direito Ambiental, mostra-se evidente no atual momento vivenciado pela sociedade, caracterizada por riscos sociais e expressivas alterações ao meio ambiente, justificando a aplicação do princípio da precaução, portanto, diante da ameaça de ocorrência de danos sérios ou irreversíveis.

A necessidade de se antecipar aos riscos ambientais, especialmente devido a sua característica de irreversibilidade, tem sido trabalhada de forma crescente no ordenamento jurídico, onde se observa a intenção de ampliar a lógica da prevenção para avançar com tomadas de medidas precaucionais. Frente aos riscos considerados aceitáveis e não aceitáveis, busca-se trabalhar com o princípio da precaução, diante dos riscos e incertezas científicas.

²⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 111.

²¹ WEDY, Gabriel. **Precaução no direito ambiental não quer dizer o mesmo que prevenção**. Conjur. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-30/gabriel-wedy-precaucao-direito-ambiental-nao-prevencao>. Acesso em: 09 jun. 2021.

Esse princípio é o grande norteador da discussão jurídica atual, quando analisa as questões de riscos para a sociedade e para o meio ambiente podendo ser considerado uma referência ao Direito Ambiental, tanto na elaboração de normas quanto nos momentos decisórios.

A precaução trata-se de um princípio jurídico essencialmente voltado para o futuro, seja próximo ou longínquo e amplia a aplicação da responsabilidade para uma amplitude temporal até então desconsiderada pelo Direito. Ou ainda, o princípio da precaução distingue-se, portanto, do da prevenção, por exigir uma proteção antecipada do ambiente ainda num momento anterior àquele em que o princípio da prevenção impõe uma atuação preventiva²².

Isto posto, entendemos, com fundamento nos princípios da prevenção e da precaução, que qualquer tentativa legislativa ou judicial de limitar o controle do dano ambiental deve ser repelida. Na perspectiva da reparação, ressalta importância a feita a título de danos morais ambientais. Muitas vezes, o dano ao patrimônio ambiental não pode ser mensurado de outra forma que não daquela.

Contudo, diante da complexidade de se explicar e conceituar os danos ambientais em toda a sua extensão e ainda diante das poucas contribuições trazidas pelo texto legal, acreditamos que a melhor forma para solucionar os conflitos está na aplicação indispensável da jurisprudência e dos princípios gerais do Direito ambiental.

3.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

O meio ambiente ecologicamente equilibrado assume no paradigma da sociedade moderna o *status* de direito fundamental de terceira dimensão, a partir da chancela constitucional prevista no art. 225 da CRFB/1988. Nesse sentido, haja vista a sua relevância para a sadia qualidade de

²² CARVALHO, Déton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo dano ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 71.

vida dos presentes e futuras gerações, o meio ambiente adquire contornos de bem jurídico constitucionalmente relevante, de modo a fundamentar a tutela do Estado e da coletividade em prol de sua preservação.

Partindo dessa premissa, o legislador constituinte inova ao gizar a natureza de direito fundamental do meio ambiente, mas também por afirmar a obrigação da tutela civil, ao indicar a necessidade de sua defesa e preservação por meio da responsabilidade civil daqueles que causarem lesão ou colocar em perigo de lesão o meio ambiente, nos exatos termos do art. 5º, XLVI e do §3º do art. 225 da CF²³.

Sabe-se que o Direito Ambiental atua em três frentes, quais sejam: a preventiva (administrativa), a reparatória (civil) e a repressiva (penal). Cuida-se neste item da responsabilidade civil.

O vocábulo “responsabilidade” deriva da expressão latina *respondere*. Indica garantia de restituição ou compensação do bem lesado. Traz em si forte carga ética, indispensável ao convívio social, impondo regra matriz a todos os membros da sociedade de não causar danos a outrem²⁴.

A responsabilidade civil ambiental possui características próprias, que a distingue das demais. A principal, adotada pela Lei 6.938/1981, em seu art. 14 § 1º, vem a ser a responsabilidade pelo dano, independente de culpa. Trata-se de política de controle de danos ambientais trazida ao direito, com a finalidade de coibir, da forma mais precisa possível, aqueles.

É verdade que a apuração da responsabilidade ambiental não poderia ficar jungida a formas ortodoxas de apuração do dano. A busca pela culpa, não poucas vezes, deixa, em outras searas, a vítima desamparada na proteção de seu direito, visto à dificuldade de sua configuração. A complexidade na questão de responsabilização e reparação dos danos ambientais, mesmo com o avanço da responsabilidade objetiva, é sempre muito complicada.

²³ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A importância da tutela penal do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 58-99, jul./set. 2003, p. 61.

²⁴ FREITAS, Vladimir Passos de Freitas; FREITAS, Mariana Almeida Passos. **Direito administrativo e meio ambiente**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 22.

A reparação civil em matéria ambiental apresenta cunho material ou moral, visto que segue a mesma estrutura das reparações civis propriamente ditas. O que se discute de forma mais complexa nos casos de responsabilidade civil por danos ambientais é exatamente as imputações trazidas pela lei e sua interpretação em relação as obrigações do Estado e da sociedade, através das normas jurídicas reparatórias e preventivas.

Pela relevância do que se pretende preservar para as atuais e futuras gerações, o legislador delegou não apenas ao juiz como também aos órgãos de controle de poderes que, efetivamente, possibilitem a atuação concreta na defesa e proteção do meio ambiente²⁵. Note-se que, muitas vezes, a simples indenização, por maior que seja, não é suficiente para aplacar os danos causados ao meio ambiente.

A reparação dos danos sofridos, na tentativa de retorno ao *status quo* anterior assume característica própria e essencial. Daí surge o chamado princípio da reparação integral, que consiste, como o nome indica, na reparação, ou ao menos a tentativa, de reparação total do dano causado²⁶. Não é apenas uma questão de pagar pelo dano. A reparação que se pretende vai muito além disso. Toda e qualquer medida na direção de recomposição à situação anterior é admitida.

Outro pressuposto que é considerado de extrema complexidade quanto à sua comprovação é o nexo de causalidade. Modernamente, duas teorias dominam este cenário. A teoria do risco criado, que considera que somente fatores de risco decorrentes da própria atividade desenvolvida podem ser considerados na apuração da responsabilidade civil, e a teoria do risco integral, que coloca na conta do causador do dano a responsabilidade por sua reparação, pelo simples fato de sua existência. Tem-se que o simples risco gerado pela

²⁵ SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. **Socioambientalismo de fronteiras**. v. 8. Curitiba: Juruá, 2019. p. 247.

²⁶ SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. **Socioambientalismo de fronteiras**. v. 8. Curitiba: Juruá, 2019, p. 247.

existência de sua atividade demanda responsabilidade pela sua reparação. Vige aqui a potencialidade do dano²⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro recepciona a teoria do risco integral, e a maioria dos doutrinadores adotam a citada teoria. Aqui, não se afasta a responsabilidade do causador do dano, mesmo a atividade sendo lícita ou mesmo existindo autorização do poder público, havendo dano, a responsabilidade é devida. Desta forma, mesmo as excludentes de responsabilidade de caso fortuito e a força maior conduzem à reparação.

Trata-se de decorrência natural dos princípios do Poluidor Pagador e do Usuário Pagador que encontram bases no art. 225, § 3º da CF e dispõem que, quem usa ou polui o meio ambiente, é responsável pelo conserto ou reparação. Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado:

O uso dos recursos naturais pode ser gratuito, como pode ser pago. A raridade do recurso, o uso poluidor e a necessidade de prevenir catástrofes, entre outras coisas, podem levar à cobrança do uso dos recursos naturais [...] O princípio do usuário-pagador contém também o princípio poluidor-pagador, isto é, aquele que obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada²⁸.

Isto posto, discutidos os fundamentos, passamos a explicar na próxima seção a responsabilidade civil do Estado por omissão e as circunstâncias em que se dá a omissão do Estado diante de danos ambientais.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

A regra geral da responsabilidade civil do Estado tem seu fundamento no § 6º do art. 37 da CF e determina que as pessoas jurídicas de direito público respondam objetivamente pelos

²⁷ SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. **Socioambientalismo de fronteiras**. v. 8. Curitiba: Juruá, 2019. p. 248.

²⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 85.

danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Para sua configuração, exige-se que se demonstre o nexo de causalidade entre os danos causados e a conduta tanto das pessoas jurídicas de direito público quanto das de direito privado prestadoras de serviços públicos, sendo desnecessária a prova de culpa, ou seja, o ato não precisa ser ilícito, basta a comprovação do dano e o nexo causal entre a atividade estatal e o resultado danoso.

O poder público, visto como União, Estados, Municípios e todos os entes políticos, de acordo com o inc. VI do art. 23 da CF, tem o dever de proteger o meio ambiente e fiscalizar sua conservação, combater a poluição em qualquer de suas formas, promover o uso sustentável dos recursos naturais e adotar medidas preventivas e compensatórias. Assim, temos que a omissão também é causa para a responsabilização por um dano ambiental, pois ela indica uma obrigação do Estado descumprida, quando este deixa de agir preventivamente.

Para Milaré²⁹ o ente público também é responsabilizado “quando se omite no dever constitucional de proteger o meio ambiente (falta de fiscalização, inobservância das regras informadoras do processo de licenciamento, inércia quanto à instalação de sistemas de disposição de lixo e tratamento de esgotos, por exemplo)” e o Estado, ao se omitir, assume a responsabilidade pelas consequências dos riscos que podem resultar em diversos prejuízos ao meio ambiente e a qualidade de vida humana.

Define-se o dano ambiental como qualquer alteração que ocorre em prejuízo ao meio ambiente, provocada pela ação humana ou decorrente de causas naturais. Raquel Brito³⁰ esclarece que é uma modificação no meio ambiente provocada pela ação humana ou por fenômenos da natureza e que podem trazer resultados catastróficos.

Se a Constituição Federal impõe ao Poder Público a missão de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, depreende-se, por dedução, que é preferível

²⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 909.

³⁰ BRITO, Raquel. **Desastres ambientais, causas e consequências**. 2018. Disponível em <https://www.stoodi.com.br/blog/2018/05/16/desastres-ambientais/>. Acesso em: 17 Fev. 2021.

ao Estado estabelecer o controle ambiental de forma preventiva, o que ocorre com exigências com o licenciamento ambiental e o estudo prévio de impacto ambiental³¹ para atividades potencialmente causadoras de dano ambiental³².

Fabiano Melo³³ cita que a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais pode se dar em duas situações. Na primeira delas constatamos a presença do dano ambiental provocado pelo próprio Poder Público ou por meio de concessionária de serviço público. Na segunda situação o autor refere aos danos decorrentes da omissão do Poder Público no exercício do poder de polícia. No entanto, em ambos os casos, os fundamentos para a imputação do dever de indenização estão no art. 37, § 6.º da CF e no art. 3.º, inc. IV, da Lei n. 6.938/1981.

Em caso de omissão no exercício do poder de polícia, tal como se dá com a responsabilidade comum estatal, há uma divisão quanto à responsabilidade subjetiva e objetiva. Tartuce³⁴ entende pela responsabilidade subjetiva e cita o julgamento do STJ no RE n. 647.493/SC, de 2007, com o seguinte teor:

[...] a responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei³⁵.

No mesmo sentido, recorreremos a Justen Filho³⁶ para quem o Poder Público só poderá ser responsabilizado por ato omissivo caso a ele seja imposto um dever especial de diligência. Se este dever não for imposto, não há

³¹ Constituição Federal, art. 225: “[...], § 1º Para assegurar a efetividade desse direito (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), incumbe ao Poder Público: IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 545.

³³ MELO, Fabiano. **Direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 388.

³⁴ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1265.

³⁵ MELO, Fabiano. **Direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 389.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 803.

responsabilidade civil já que segundo este autor o Estado não estaria obrigado a impedir que o dano ocorresse.

No entanto, Fabiano Melo ressalta que os julgados mais recentes da Corte Superior, a exemplo do REsp 1.666.027/SP de 2018³⁷, trilham o caminho da responsabilização objetiva na omissão estatal que causa danos ambientais, hipótese com a qual este autor concorda. Entendimento este, atual e predominante na Suprema Corte (STF), e ratificado no julgamento do RE 1168553/SC, de 2019³⁸, clarificando ainda mais a sua tendência em julgar procedente pela responsabilidade civil objetiva do Estado em situações de danos ambientais, decorrentes de sua omissão no exercício do seu

³⁷ "Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Loteamento clandestino. Área de preservação permanente. Dever de fiscalização do estado. Omissão. Responsabilidade objetiva e solidária. Reexame dos elementos de cognição dos autos. Descabimento. Súmula 7/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Antônio Cardoso da Rosa, Estado de São Paulo, Município de São Bento do Sapucaí e diversas pessoas físicas, em razão de loteamento clandestino efetuado por Antônio Cardoso da Rosa, que alienou lotes, para os outros corréus, de imóvel situado em Área de Preservação Permanente, sem prévia anuência dos órgãos competentes. (...). O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o ente federado tem o dever de fiscalizar e preservar o meio ambiente e combater a poluição (Constituição Federal, art. 23, VI, e art. 3.º da Lei 6.938/1981), podendo sua omissão ser interpretada como causa indireta do dano (poluidor indireto), o que enseja sua responsabilidade objetiva. Precedentes: AgRg no REsp 1.286.142/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.02.2013; AgRg no Ag 822.764/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 02.08.2007; REsp 604.725/ PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 22.08.2005. Tendo a Corte de origem, à luz dos elementos fático-probatórios dos autos, consignado que o Estado de São Paulo, ora recorrente, falhou no dever de prestação do serviço público ao incorrer em omissão, tornando possível a implantação de loteamento clandestino, rever tal entendimento demanda o reexame dos elementos de cognição dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, REsp 1.666.027/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.10.2017, DJe 1.º.02.2018).

³⁸ (...) Mesmo em se tratando de dano decorrente da omissão do poder público, a responsabilidade continua a ser objetiva, de acordo com grande parte da doutrina (Machado, Mancuso e Milaré), em face do que dispõe os artigos 3º, inciso IV, da Lei 6.938/81. O dever de agir do Estado, principalmente o dever de fiscalizar, é obrigação que, se não cumprida, é causa de sua responsabilização. Em se tratando de meio ambiente, essa obrigação deflui do dever inserido no 'caput' do art. 225 da CF, que é decorrente da proteção imputada expressamente ao Poder Público. (...) Em se tratando de competência para o exercício do Poder de Polícia, todos os entes da Federação têm a competência comum para proteger o meio ambiente (art. 23, inciso VI, da CF). Diante disso, não há prevalência de atuação entre todos os entes da federação (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) em se tratando de assunto no qual ocorre a cumulatividade de competências. Pode-se dizer então que todos os entes federativos têm competência comum para exercer o Poder de Polícia Ambiental, assim como todos os órgãos que compõem o SISNAMA podem fiscalizar. Conclui-se, então, que a FATMA deveria ter exercido seu poder de polícia sobre a obra do município, ainda que não tivesse competência para o licenciamento, conforme asseverou no Ofício FATMA/CODAM n. 673/06, de 05/12/06 (PROCADM 8 - evento 1). Essa obrigação decorre da interpretação do art. 225 da CF, que atribui a função de preservação do meio ambiente ao Poder Público e à coletividade. (STF, RE 1168553/SC, Decisão Monocrática, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18.02.2019, DJe 21.02.2019).

poder de polícia. Seguindo assim, a regra geral da responsabilidade civil objetiva, disposta no §6º do art. 37 da CF, corroborado pela legislação ambiental, nos art. 14, §1º, c.c o art. §3º, IV da Lei 6938/81.

Ainda sobre a omissão do Estado, a responsabilidade civil deve ser investigada a partir das hipóteses se o Estado possui o dever de agir preventivamente para evitar o dano diante do caso concreto ou se possui o dever de evitar o resultado em caráter geral e abstrato. Surge, assim, a classificação da omissão em específica e genérica.

A omissão específica consiste na falta de atuação diante de situações concretas atuais em que se exige do Estado o dever de agir, por desempenhar o papel de vigilante, guardião ou garante. Se o Estado não atuar diante de um caso que se apresenta, a sua omissão pode ser entendida como causa direta e imediata do dano que a vítima sofreu. A seu turno, a omissão genérica se baseia em uma previsão geral de dever de atuação do Estado e do dever evitar que o resultado lesivo ocorra, tal como os deveres de garantir a segurança do cidadão, de recolher animais sem dono pelas ruas da cidade, de realizar o corte e a poda de árvores que estejam em risco de queda, de verificar os riscos de rompimento de uma barragem, dentre outros³⁹.

Diante da omissão específica, a responsabilidade do Estado possui natureza objetiva, bastando que o dano e o nexo de causalidade estejam presentes para impor ao Estado o dever de indenizar os danos sofridos pela vítima. Já em relação à omissão genérica o ofendido deve comprovar que a omissão do Estado concorreu para o evento lesivo, aparecendo na modalidade de responsabilidade subjetiva. Em outras palavras, o interessado deve provar a falha na prestação do serviço público (*faute du service* ou culpa anônima) para que seja atribuída ao Estado a obrigação de indenizar⁴⁰.

³⁹ ANDRÉ, Victor Conte. **Introdução ao estudo da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 177.

⁴⁰ ANDRÉ, Victor Conte. **Introdução ao estudo da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 177.

Essa visão foi disseminada na doutrina pátria por Bandeira de Mello⁴¹, que preleciona que na omissão, o Estado não causa o dano, mas tão somente o enseja. Explica que, se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. E, não sendo o autor, o Estado só pode ser responsabilizado se tiver o dever de impedir sua ocorrência. Assim sendo, o interessado deverá demonstrar que o Estado descumprira dever legal de evitar o evento lesivo. Inexistindo esse dever de evitá-lo, o Estado não poderia ser responsabilizado. Logo, a responsabilidade por omissão derivaria de um comportamento ilícito. Sendo ilícito o comportamento, a responsabilidade, segundo aquele autor, só poderia ser subjetiva, havendo que se demonstrar a intenção (dolo) ou a negligência, imperícia ou imprudência (culpa) do Estado.

Neste contexto, observamos que a responsabilidade do Estado por omissão advém da negligência no poder de polícia. No magistério de Tartuce⁴², cresce na opinião pública, gradativamente, a consciência de que é necessária a intervenção do Estado para proteção, conservação e recuperação da natureza. Isto posto, se esta intervenção não ocorre, surge a obrigação de indenizar.

Ressaltamos que o Poder Público tem o inquestionável dever de atuar positivamente com vistas a garantir a preservação e proteção ambiental. O cumprimento desse dever tem caráter obrigatório, por ser o bem ambiental indisponível enquanto direito fundamental. Dessa forma, mesmo contrariando parte da doutrina, não há escusas que autorizem que o Estado possa descumprir este que é dever constitucional de tutela ambiental.

Sabemos da dificuldade de o Estado poder prestar e exercer com relevância uma proteção ambiental adequada, em razão, por exemplo, de existirem muitas obras e atividades clandestinas e potencialmente causadoras de danos. Porém, essas circunstâncias não têm o condão de enfraquecer o dever constitucional da tutela ambiental do Estado. Ao contrário,

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 943.

⁴² TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1245.

apenas atestam a existência de uma deficiência estrutural que acomete os órgãos que compõem a Administração Pública entre outras circunstâncias.

Por fim, discussões não cessam quanto a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado ser objetiva ou subjetiva, em situações de omissão. Tanto as decisões dos nossos Tribunais Superiores quanto da doutrina demonstram a dualidade de correntes. Assim, podemos afirmar que não há posicionamento pacificado nos dias atuais. Segue análise de cada caso concreto para a análise da subjetividade ou objetividade das causas ambientais que discutem a responsabilidade do Estado por omissão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade pós moderna traz como principal característica a generalização de riscos e incertezas científicas. Isto acaba resultando em um grande desafio ao Direito, diante das inúmeras dificuldades em regular essas novas situações e permitir que essa ciência avance nas discussões relacionadas a princípios e tomadas de decisões. Importante tanto de forma judicial quanto de forma administrativa que se analise a estrutura dos riscos ambientais, desde sua geração até seus potenciais efeitos, valorizando a proteção presente e os possíveis resultados futuros.

Justamente por lidar com interesses de natureza difusa e com diversas implicações para a dignidade e solidariedade dos indivíduos é que a doutrina afirma que a responsabilidade ambiental possui as funções tradicionais da responsabilidade civil, mas com pesos diferentes atribuídos a ela, aliando a reparação de danos com a prevenção de acidentes, inclusive com prioridade desta última.

Tratar de responsabilidade civil do Estado não é tema fácil. Nem sempre conseguimos distinguir a omissão que causa a responsabilidade do Estado daquela que não o responsabiliza. Sempre estão presentes diversos fatores como, circunstâncias

do fato, nexos de causalidade, a concretude ou não do dano e ainda, muito complexa, a própria configuração da omissão.

Na análise jurisprudencial e doutrinária demonstrou-se que há uma discussão quanto ao modo como o Estado responde, se objetivamente ou subjetivamente, perante o dano ambiental causado por omissão. O STJ tende por uma dimensão mais alargada do conceito de responsabilidade civil do Estado, demonstrando dessa forma a tendência pela responsabilidade civil objetiva baseada no risco.

Diante dos argumentos doutrinários, a responsabilidade do Estado por omissão se apresenta alicerçada no ato ilícito e na aceitação do risco. Em suma, quando o Estado se omite, ele contribui significativamente para a ocorrência do dano ambiental, e nesse contexto a necessidade de comprovação de culpa é substituída pelo risco. O Estado possui o Poder de Polícia, que inclui o poder de fiscalização e, por esta razão, deve ser responsabilizado civilmente por danos ocorridos em razão de sua omissão.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Victor Conte. **Introdução ao estudo da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2019.

ASSIS NETO, Sebastião José de. **Manual de responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2018.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31.08.1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 1168553/SC, Relator(a): Min. Edson Fachin, Decisão Monocrática, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339563471&ext=.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRITO, Raquel. **Desastres ambientais, causas e consequências**. 2018. Disponível em <https://www.stoodi.com.br/blog/2018/05/16/desastres-ambientais/>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BUGALHO, Nelson R. Contornos do bem jurídico-penal ambiente. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 102, p. 87-94. mar. 2009.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A importância da tutela penal do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 58-99, jul./set. 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPER, Marcelange Maria Almeida Pereira. O poder de polícia no direito ambiental brasileiro. **Jus Navegandi**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75399/o-poder-de-policia-no-direito-ambiental-brasileiro>. Acesso em: 17 fev. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (Des) criminalização, redação típica e (in) ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008. 274 p. (Monografias/IBCCRIM, 47). Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=11096. Acesso em: 19 fev. 2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Tutela jurídica do meio ambiente cultural como patrimônio normativo da denominada sociedade da informação no Brasil. **RIDB**, ano 1, n.10, p. 5959-5989, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* (coord.) **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2015, v. 2. p. 43.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas; FREITAS, Mariana Almeida Passos. **Direito administrativo e meio ambiente**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Fabiano. **Direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente**. Disponível

em: http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/esgotamento/o_problema_do_controle_judicial_das_omissoes_estatais_lesiva.pdf. Acesso em: 24 mai. 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara; HEIMANN, Jaqueline de Paula. **Manual de direito ambiental**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REIS, Wanderlei José dos. **Tutela penal ambiental**. Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVEIRA, Bruna Braga da. **Dinamização do ônus da prova nas ações ambientais**. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. **Socioambientalismo de fronteiras**. Curitiba: Juruá, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WEDY, Gabriel. Precaução no direito ambiental não quer dizer o mesmo que prevenção. **Conjur**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-30/gabriel-wedy-precaucao-direito-ambiental-nao-prevencao>. Acesso em: 09 jun. 2021.

DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO E LACUNA LEGAL

BREACH OF CONTRACT FOR TEMPORARY ASSIGNMENT OF THE UTERUS AND LEGAL GAP

Jadna Crozeta Zandomenico¹
Gabriela Fidelix de Souza²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar, no âmbito jurídico, as formas de solucionar o conflito de filiação acerca do nascituro gerado por útero de substituição, assegurando ao recém-nascido, a assistência necessária e a proteção de seus direitos, em observância ao princípio do melhor interesse da criança. O método utilizado para a abordagem da pesquisa foi o hipotético-dedutivo. Para chegar ao objetivo deste trabalho foi feito o uso de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica. Neste trabalho, foi realizada a análise de apontamentos bibliográficos. Em seguida, discorreu-se acerca da escassa legislação e princípios aplicáveis subsidiariamente ao caso, em razão da ausência de dispositivo legal. Conclui-se que, com base nos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, dignidade humana e, sobretudo, o melhor interesse da criança, deve prevalecer o pactuado no contrato, sendo inadmissível a revogação do consentimento anterior.

Palavras-chave: Contrato. Cessão temporária do útero. Reprodução assistida. Lacuna legal.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze, in the legal scope, the ways to resolve the conflict of affiliation about the unborn child generated by a replacement womb, ensuring the newborn, the necessary assistance and the protection of their*

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: jadnac@hotmai.com.

² Especialista em Direito Público pela LEGALE. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito (UNISUL). Advogada, Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídica da FUCAP UNIVINTE e Professora do curso de Direito da FUCAP UNIVINTE. E-mail: prof.gabriela@fucap.edu.br.

rights, in compliance with the principle of child's best interest. The method used to approach the research was hypothetical-deductive. In order to reach the objective of this work, jurisprudential and bibliographic research was used. In this work, the analysis of bibliographic notes was performed. Then, it was discussed the scarce legislation and principles applicable in the alternative to the case, due to the absence of a legal provision. It is concluded that, based on the principles of objective good faith, social function of the contract, human dignity and above all the best interest of the child, which should prevail as agreed in the contract, revocation of prior consent being inadmissible.

Keywords: *Contract. Temporary transfer of the uterus. Assisted reproduction. Legal gap.*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa acerca de possíveis formas de solucionar casos de conflito acerca da filiação do nascituro gerado por útero de substituição, técnica em que uma mulher cede seu útero, a fim de passar pelo processo de gestação, a qual é chamada de “gestatriz”, para, após o nascimento do bebê, entregar o recém-nascido aos contratantes, aos quais se dá o nome de pais intencionais.

Destaca-se que o Brasil não possui regulamentação legal sobre o presente tema, o qual é regulamentado apenas no âmbito da bioética, pelo Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre algumas normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, dentre elas a cessão temporária do útero, dado pela Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017³.

Nesta senda, pode ocorrer alguns problemas como o conflito de maternidade, que se dá no caso de a cedente do útero, após o nascimento do bebê, recusar-se a entregá-lo aos pais intencionais, ou, ainda, conflitos em que ambos os

³ RESOLUÇÃO CFM nº 2.168 de 21 de setembro de 2017. **LegisWeb**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em: 15 nov. 2020.

partícipes da relação contratual recusam-se a reconhecer a filiação e a cuidar do recém-nascido.

Em análise ao atual ordenamento jurídico, buscaram-se disposições legais e diretrizes principiológicas, passíveis de serem aplicadas subsidiariamente ao contrato de cessão temporária de útero, a fim de solucionar o conflito de filiação acerca do nascituro gerado por útero de substituição, com o intuito de resguardar seus direitos e dos demais partícipes envolvidos na relação contratual.

2 A CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A cessão temporária do útero consiste em uma mulher, que a partir de agora será chamada “gestatriz”, que é uma terceira alheia em relação ao casal ou a mãe intencional, que por puro ato de altruísmo, mediante aceite livre e esclarecido, submete-se ao procedimento de reprodução assistida, a fim de conceber uma criança e, ao final da gestação, entrega-la ao(s) idealizador (es) do projeto familiar.⁴

No procedimento é realizada a fertilização *in vitro*, com a junção dos gametas, que poderão ser do próprio casal, ou ainda, de doadores. Após, este embrião é implantado no útero da gestatriz.⁵

Hodiernamente, a reprodução humana assistida e a cessão temporária do útero estão regulamentadas na Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017 do Conselho Federal de Medicina, a qual versa sobre normas éticas a serem seguidas no procedimento de reprodução assistida, e, inclusive, dispõe as exigibilidades para a realização de gestação de substituição.⁶

Além disso, o nosso Código Civil estabelece em seu Livro IV, ao tratar dos direitos de família, que os filhos havidos, seja

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 516.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 517.

⁶ RESOLUÇÃO CFM nº 2.168 de 21 de setembro de 2017. **LegisWeb**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em: 15 nov. 2020.

por fecundação artificial homóloga ou heteróloga, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibida qualquer discriminação relativa à filiação, conforme versa o artigo 1.597⁷.

Com efeito, a inseminação artificial homóloga é aquela em que o sêmen e o óvulo utilizados no procedimento pertencem ao casal idealizador do projeto familiar, e diz-se heteróloga quando para o procedimento de inseminação é utilizado o óvulo ou sêmen de um doador.

Tem-se, ainda, outra forma de reprodução assistida, a chamada reprodução compartilhada, a qual ocorre nos casos de união homoafetiva, quando:

Não há infertilidade diagnosticada e o embrião é obtido a partir da fecundação do(s) óvulo(s) de uma mulher e é transferido para o útero de sua parceira.⁸

Diante disso, em atenção a um sentimento constitucional, o direito de constituir família deve ser possível a todos, para que haja igualdade em nossa sociedade, tendo em vista que essa prática atende não somente aos casais heterossexuais, mas, também, aos homossexuais, o que deve ser respeitado por toda a sociedade. Dessa forma, a procriação e a descendência estão inseridas e são cultuadas desde a Antiguidade, ou seja, a reprodução é um instinto natural do homem, buscando zelar pela manutenção de sua espécie, o que ocorre com os seus filhos que carregam o material genético de sua família.⁹

Sendo assim, para resguardar o direito fundamental do respeito à dignidade humana, presente em nossa Constituição Federal, uma vez que a paternidade e a maternidade são decisões do livre-arbítrio das pessoas, e a fim de incentivar a inclusão dos novos modelos de família em nossa sociedade, além de ser disponibilizada a assistência científica necessária,

⁷ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

⁸ MAIA, Thais; MUNHOZ, Luciana; SILVA, Beatriz de Mattos. **Reprodução assistida**: um guia fácil e descomplicado de saúde e direito. 2018, *E-book*. Disponível em: <https://sbra.com.br/wpcontent/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>/ Acesso em: 14 nov. 2020.

⁹ OLIVEIRA, Alexandre Mateus; QUINAIA, Cristiano. **Barriga de aluguel e as novas famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 117.

deverá, inclusive, ter a atenção do sistema legislativo na formulação de uma lei que seja válida para todas as pessoas.

Neste mesmo sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS) adota como conceito de saúde “[...] um estado de completo estado físico, mental e bem-estar social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.”¹⁰ Por essa razão, considerando que há casais que consideram fundamental a concepção de um filho em seu projeto familiar, a impossibilidade de tê-lo fere não somente as questões expostas anteriormente, mas também faz com que a pessoa não se sinta realizada e feliz prejudicando a integridade físico-psíquica desta, eis que o direito à saúde atinge não somente a vertente física, mas também a psicológica.

Observa-se, ainda, o surgimento dos novos modelos de família, dentre eles a monoparental, formada por apenas por um dos pais e a criança, sendo assegurada pelo Código Civil, a inviolabilidade da vida privada e da intimidade¹¹, o que resulta na possibilidade de utilização desse método de reprodução. Sobre o tema, colhe-se do artigo 21 de referida norma:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.¹²

Logo, com a descoberta e prática de técnicas reprodutivas e a constitucionalização do Direito de Família, no ano de 2017 o Conselho Nacional de Justiça instituiu o Provimento n° 63, o qual dispõe sobre o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão de nascimento dos filhos havidos por reprodução humana assistida.¹³

¹⁰ PAN American Health Organization. **Health indicators**: conceptual and operational considerations. 2018. *E-book*. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/49056>. Acesso em: 07 nov. 2020.

¹¹ BRASIL. **Lei 10.406 de 2002** – Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹² BRASIL. **Lei 10.406 de 2002** – Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹³ BRASIL. CNJ. **Provimento n° 63 de 14 de nov. de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 14 nov. 2020.

O provimento supracitado, em seu art. 17, parágrafo 1º, versa que no caso de nascido por cessão temporária do útero, não será mencionado o nome da parturiente (que recentemente deu à luz) no registro de nascimento, apenas o nome dos pais intencionais, entretanto, deverá ser apresentada a declaração de nascido vivo e o termo firmado entre as partes, estabelecendo a filiação do recém-nascido.¹⁴

Importante salientar que no procedimento de reprodução humana assistida, o consentimento dos pais intencionais deve ser por livre e espontânea vontade, uma vez que lhe é atribuída a condição de paternidade e maternidade, a qual não poderá ser desfeita.

No entanto, frisa-se que, uma vez alegada e restando comprovado que houve coação, um vício no consentimento na emissão de vontade por uma das partes, como por exemplo paternal, a medida aplicada ao caso é a de no registro do filho constar apenas o nome da mãe, de modo que não será dado a registro ao pai, isso porquê houve vontade apenas por parte maternal de ter o filho.¹⁵

Destarte, conforme mencionado anteriormente, este trabalho irá tratar apenas acerca da reprodução assistida em razão da cessão temporária do útero, no entanto, salienta-se que existem outros tratamentos de reprodução assistida.

3 PROBLEMAS PERTINENTES À CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Durante o período de gestação, o casal solicitante faz todo o planejamento familiar, imaginando como será seu filho, criando toda uma expectativa em relação ao nascituro, contudo, ainda durante a gestação, ou logo após o seu nascimento, os pais intencionais podem sentir alguma frustração, ou ainda, devido à ocorrência de algum fato que modificou os planos de vida deste casal, como sua separação, trabalho, e demais

¹⁴ BRASIL. CNJ. **Provimento n.º 63 de 14 de nov. de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁵ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 98.

possíveis motivações, acabam recusando-se a ficar com o recém-nascido, o que gera um conflito negativo de parentalidade.¹⁶

No entanto, de outro modo, pode ocorrer de a gestatriz recusar-se a entregar a criança após o seu nascimento, oportunidade em que estar-se-á diante de um conflito positivo. O caso em apreço pode dar-se em virtude das alterações hormonais ocorridas durante o período da gestação que afetam o estado emocional da gestatriz, dentre várias outras razões, que podem levá-la a modificar o compromisso que havia firmado com os solicitantes.¹⁷

Devido à falta de legislação acerca deste tema, as partes do contrato sofrem tamanha insegurança jurídica, eis que não havendo uma legislação prévia estipulando o direito de cada uma das partes, e, inclusive do próprio embrião, pode ocasionar uma lesão à toda sociedade, tendo em vista que inúmeros casais recorrem à essa prática.

Ademais, em pesquisa jurisprudencial pátria realizada, verificou-se que pode ocorrer outros conflitos que envolvem o tema em apreço, situações que poderão, inclusive, envolver outras partes, como é o caso ocorrido no Estado de Mato Grosso, no Agravo de Instrumento julgado pela Quarta Câmara de Direito Privado, em que se discutiu a possibilidade de os direitos da titular de plano de saúde, serem abrangidos também à gestatriz no caso de barriga solidária.¹⁸

A autora da ação que era a titular do plano de saúde e mãe intencional¹⁹, propôs a demanda em face da prestadora de

¹⁶ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; PIMENTEL, Dândara Domingos Figueiredo Alberoni; CARVALHO, Luiz Guilherme Tinoco Picanço. **Conflito de maternidade na cessão temporária do útero**. LexMagister. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27610657_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO.aspx. Acesso em: 04 set. 2020.

¹⁷ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 26.

¹⁸ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento 100048250.2020.8.11.0000**. Barriga Solidária. Agravante: Unimed Norte Mato Grosso Cooperativa Trabalho Médico. Agravado: Edicleia Paula Pivetta. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho, 06 de ago. de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtComExpressao=BARRIGA%20SO LID%C3%81RIA&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&orgaoJulgador=14&tipoBusca=1&k=h3eg0x>. Acesso em: 04 set. 2020.

¹⁹ Diz-se “mãe intencional”, aquela responsável pelo planejamento familiar, que possui vontade, intenção de constituir filiação.

serviço de saúde, pretendendo a extensão ou a cobertura temporária do plano de saúde à gestatriz, que, no caso, era a sua cunhada.²⁰

No julgado foi observada a vontade de constituir família e o planejamento familiar da autora, direitos que estão amparados na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XVI²¹ e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 7º²², conforme dispõem:

Art. XVI. 1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.²³

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.²⁴

²⁰ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento 100048250.2020.8.11.0000**. Barriga Solidária. Agravante: Unimed Norte Mato Grosso Cooperativa Trabalho Medico. Agravado: Edicleia Paula Pivetta. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho, 06 de ago. de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtComExpressao=BARRIGA%20SOLID%C3%A981RIA&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&orgaoJulgador=14&tipoBusca=1&k=h3eg0x>. Acesso em: 04 set. 2020.

²¹ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

²³ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 14 de nov. de 2020.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

Tais diplomas legais asseguram a proteção do direito de constituir família de forma livre, sem a possibilidade de intervenção Estatal, determinando ainda, que o Estado auxilie e facilite o exercício deste direito, mas veda toda e qualquer forma de coerção, seja por parte do Estado ou instituição privada.²⁵

No caso em comento, foi determinado o cumprimento da decisão que concedia a extensão dos serviços fornecidos no plano de saúde à gestatriz, a qual era cunhada da titular do plano de saúde.²⁶

Ademais, outra situação pode ser observada por não haver disposição legal acerca do tema em apreço, conforme nota-se no caso ocorrido no Estado de São Paulo, em que a seguradora de saúde recusou-se a prestar cobertura para a assistência médica de gêmeos concebidos através de barriga solidária.²⁷

No caso, verificaram-se duas alegações trazidas pela prestadora de serviços de saúde para a recusa da cobertura do procedimento necessário: o fato de os gêmeos não terem sido gerados pela esposa do autor, mas sim por uma mulher alheia na relação contratual com a contratada, a gestatriz; e, também, a impossibilidade de inclusão imediata dos recém-nascidos no plano de saúde, diante da inexistência do nome do autor nas declarações de nascidos vivos emitidas pelo hospital.¹⁸

Essa situação traz à tona a dificuldade gerada pelo fato de o hospital emitir a “Declaração de Nascido Vivo” com o nome da parturiente, podendo surgir outros problemas além do apresentado.

²⁵ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento 100048250.2020.8.11.0000**. BARRIGA SOLIDÁRIA. Agravante: Unimed Norte Mato Grosso Cooperativa Trabalho Medico. Agravado: Edicleia Paula Pivetta. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho, 06 de ago. de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtComExpressao=BARRIGA%20SOLID%C3%81RIA&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=Data Decrescente&ordenarDataPor= Julgamento& orgaoJulgador= 14&tipo Busca=1&k=h3eg0x>. Acesso em: 04 set. 2020.

²⁶ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento 100048250.2020.8.11.0000**. BARRIGA SOLIDÁRIA. Agravante: Unimed Norte Mato Grosso Cooperativa Trabalho Medico. Agravado: Edicleia Paula Pivetta. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho, 06 de ago. de 2020.

²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n.º 1037161- 31.2017.8.26.0002**. Barriga E Solidária. Apelante/apelado: Henrique Silva Cabral. Apelado/apelante: Omint Serviços de Saúde Ltda. Relator: J.L. Mônaco da Silva, 09 de maio de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 14 nov. 2020.

O mais interessante seria legitimar a emissão de “Declaração de Nascido Vivo” do recém-nascido diferenciada, constando a parturiente apenas como gestadora, enquanto que, o nome da pessoa ou casal idealizador, constaria como pais, para, assim, assegurar o direito de reconhecimento do filho.²⁸

4 O CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO NO DIREITO PÁTRIO

Conforme já é sabido, a codificação do direito brasileiro não conceitua o que é obrigação, negócio jurídico, bem como contrato, restando à doutrina a definição desses conceitos. Ademais, sopesa-se que apenas algumas questões contratuais estão definidas em nosso direito pátrio.

Ao perfectibilizar um contrato com uma pessoa, surge a obrigação, essa, por sua vez, cria um vínculo entre os sujeitos do contrato, especificamente no tema em apreço. Esta obrigação surge a partir da manifestação de vontade da anuência livre, de forma consciente e expressa pela gestatriz, a qual no momento da assinatura do termo de compromisso estará ciente a respeito da filiação do recém-nascido, para, a partir de então, gerar os efeitos jurídicos da concordância de vontade de ambos os sujeitos do contrato.²⁹

Tendo em vista tratar-se de um contrato atípico, decorrente da falta de legislação regulamentadora, é de suma importância respeitar os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Com as palavras de Olga Jubert Gouveia Krell, tem-se que os princípios:

[...] são considerados espécie do gênero *norma*, dotados de normatividade e eficácia, assim como as leis, possuindo, entretanto, características e funções distintas daquelas. Além disso, eles estruturam o funcionamento sistemático do

²⁸ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 114.

²⁹ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 55-56.

ordenamento jurídico, proporcionando metas, objetivos, valores que permeiam a estrutura normativa.³⁰

Deste modo, nota-se que os princípios como uma fonte secundária do Direito possuem o condão de modificar determinadas situações jurídicas, principalmente ante a ausência de determinação legal, e conforme mencionado anteriormente, para o presente caso, é necessário atentar-se aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

O princípio da boa-fé objetiva encontra-se amparado pelo Código Civil, em seu art. 422, o qual determina que as partes que firmaram o contrato são obrigadas a guardar, por todas as fases contratuais, os princípios da probidade e da boa-fé “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.³¹

Importante observar que o nosso Código Civil impôs uma conduta ética que deve ser seguida por ambas as partes envolvidas no contrato, desta forma, ao analisar o caso, é necessário observar se as partes agiram de acordo com esse princípio.

Especialmente no caso em apreço, a observância da boa-fé é de suma importância, eis que não possuindo regulamentação legal, o julgador deverá, ao analisar o caso concreto, observar qual parte não agiu em conformidade com o seu dever jurídico contratual, para, assim, o magistrado poder definir a filiação do recém-nascido.

Ressalta-se que, dentre os deveres oriundos do princípio da boa-fé, é possível dividi-los em principais e anexos. Os principais seriam os determinados nas cláusulas e na razão principal da relação contratual, como a entrega da criança após o seu nascimento, enquanto que, os deveres anexos, como o comportamento individual dos contratantes também será levado em conta, seja de autocuidado durante o período de gestação,

³⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 69.

³¹ BRASIL. **Lei 10.406 de 2002** – Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

seja de prestação da assistência necessária por parte dos contratantes, conforme exemplifica Claudia Aparecida Costa Lopes e Valéria Silva Galdino Cardin:

O primeiro dever anexo corolário da estipulação contratual é o dever de cuidado, previdência e segurança entre ambas as partes contratantes. [...] O dever de cuidado é o dever anexo que, muito embora prescindida de declaração no contrato, deve regê-lo antes, durante e após conclusão do trato, de modo que, a aferição deste dever está intimamente ligada a todas as fases do processo de reprodução. Desde o momento da escolha da cedente do útero, do acompanhamento médico durante a gestação, até a efetiva entrega da criança. Assim, a constatação de ausência do dever de cuidado é grave infringência entre as partes que caracteriza a má-fé, podendo, inclusive, ensejar motivo, que aliado a outros parâmetros, como a caracterização da irresponsabilidade parental, permita alterar a destinação da filiação pactuada inicialmente.³²

Com efeito, o comportamento dos contratantes deverá obedecer ao princípio da boa-fé, o qual é demonstrado por meio de cuidados tomados pelos contratantes no decorrer da relação contratual, a fim de se fazer cumprir da melhor maneira possível e detalhadamente esclarecido o estipulado em contrato, o que ocasionará menos riscos de conflitos futuros.³³

Além disso, esse princípio traz a ideia de que houve uma confiança recíproca entre as partes do contrato, o que por sua vez gerou uma expectativa no(s) idealizador(es) do projeto familiar, por essa razão, caso a gestatriz apresente arrependimento após a estipulação contratual, causaria um dano moral irreparável aos idealizadores³⁴, aí o porquê de esclarecer detalhadamente, no momento da celebração do contrato, as questões referentes à filiação do recém-nascido, para que não

³² LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 66 .

³³ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 67.

³⁴ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 68.

haja incoerência por alguma das partes, bem como a inobservância deste princípio no decorrer da relação contratual.

Em virtude do cumprimento desse princípio, é gerado o princípio da função social desse contrato, para o qual o contrato visa suprir as necessidades presentes em nossa sociedade, no entanto, para que seja válido não pode desobedecer aos requisitos exigidos em lei, para que dessa forma, não ofenda a sociedade, conforme determina o nosso Código Civil, *caput* do art. 421: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.³⁵

É de suma importância que o contrato pactuado atenda ao princípio da função social e ande de acordo com as questões éticas da sociedade, eis que se trata de um acordo de vontade não só entre os particulares, mas que compreende também toda a coletividade, desta forma, há uma anuência de vontades entre os contratantes e a sociedade.³⁶

Esse princípio exerce sua função em conjunto com a Constituição ao assegurar ao indivíduo o direito do planejamento familiar livre, fundado na dignidade da pessoa humana, e em atenção também a paternidade responsável. Sendo assim, todas as partes integrantes deste contrato estarão sendo respeitadas, bem como a sociedade, tendo em vista que os contratos e seus partícipes deverão agir com ética.

A função social da liberdade do planejamento familiar, possibilita às pessoas inférteis e casais homoafetivos terem seu direito de reprodução garantido pelo Estado, e, inclusive, sendo sua atribuição facilitar o exercício desse direito.³⁷

Frisa-se que a nossa Constituição da República Federativa não proíbe a prática deste contrato, desde que, conforme previsto no artigo 226, parágrafo 7º, não haja qualquer forma de comercialização do corpo humano.³⁸

³⁵ BRASIL. **Lei 10.406 de 2002** – Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

³⁶ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 71.

³⁷ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 72.

³⁸BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

Conforme mencionado anteriormente, tem-se que o planejamento familiar do casal é livre, e é dever do Estado garantir a possibilidade do exercício desse direito. Para tanto, foi criada a Lei nº 9.263/96 que dispõe acerca do planejamento familiar.³⁹

No mais, aos pais cabe assegurar ao recém-nascido a dignidade da pessoa humana, bem como a paternidade responsável, deste modo, após a realização do procedimento de reprodução assistida na gestatriz, os pais intencionais devem garantir à futura criança toda a assistência material, moral e educacional necessária.

Salienta-se, ainda, a importância trazida pela Convenção Americana de

Direitos Humanos (popularmente conhecida como Pacto De San José da Costa Rica), a qual foi incorporada ao nosso direito pátrio, assegurando o cumprimento do princípio do melhor interesse da criança, conforme disposto nos artigos 17 e 19 do referido ordenamento jurídico.⁴⁰

Art. 17. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes. 4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos

³⁹ BRASIL. **Lei nº 9.263 de 1996** - Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁴⁰ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.
41

Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.⁴²

Além do mais, com o Decreto nº 99.710/90 foi promulgada a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual frisa novamente que todas as ações que envolvam crianças devem atender ao princípio do interesse maior da criança.

Por todo o exposto, atentando-se aos princípios da paternidade responsável, em acordo com o melhor interesse da criança, da boa-fé e a função social, será possível definir em caso de um conflito entre a gestatriz e a mãe intencional, qual possui melhores condições, tanto materiais, quanto imateriais propícias a criar a criança com proteção e dignidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, destaca-se que, conforme observado anteriormente, o fator determinante acerca da filiação nos dias atuais não é uma ligação biológica em decorrência de um ato sexual, ou ainda, a mulher que dá à luz ao bebê, mas sim a consideração de que são pais aqueles que possuem vontade e intenção de constituir filiação.⁴³

Contudo, ressalta-se a importância de no momento em que as partes acordarem, seja detalhadamente esclarecida as cláusulas contratuais, não somente a respeito da filiação, mas, também, sobre os demais deveres, como o de cuidado e o esclarecimento sobre todas as fases contratuais.

⁴¹ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁴² OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁴³ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 113.

Isso porque, conforme mencionado anteriormente, em caso de conflito acerca da filiação do recém-nascido, serão observadas as condutas de cada partícipe do contrato.

Deste modo, será observada a vontade manifestada pelas partes, eis que, a partir da anuência na celebração contratual da cessão temporária do útero, os pais intencionais deverão agir de acordo com o princípio da responsabilidade parental, enquanto que a gestatriz deverá agir em observância ao princípio da boa-fé objetiva.

Ademais, salienta-se a necessidade de criação de uma legislação que regule o presente tema, pois a falta de legislação regulamentadora não impede a ocorrência desta prática, haja vista que apenas de modo oneroso é vedada por nossa Constituição Federal, sendo possível apenas a prática solidária, a qual possui apenas regulamentações bioéticas, apresentadas pela Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017, adotada pelo Conselho Federal de Medicina.⁴⁴

Em razão da falta de regulamentação podem surgir diversos problemas, frisa-se ainda que hodiernamente novas famílias vêm se formando, o que requer atenção do legislador no momento em que for elaborar o dispositivo legal.

Tendo em vista que a utilização da técnica de reprodução humana assistida e a de cessão temporária do útero asseguram a todos nós o direito de autonomia no planejamento familiar, inclusive, com embasamento em nossa Constituição da República Federativa, é dever do Estado propiciar a utilização desses métodos para atender o princípio da dignidade humana.

Sendo assim, o dispositivo legal deverá atender a todos, sem discriminação, possibilitando aos casais heterossexuais e homossexuais, e, ainda, aos idealizadores de família monoparental, como a mãe intencional solteira, que tenha um filho.

Além disso, o legislador poderá facilitar o registro do recém-nascido, determinando que o hospital faça constar na

⁴⁴ RESOLUÇÃO CFM nº 2.168 de 21 de setembro de 2017. **LegisWeb**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em: 15 nov. 2020.

“Declaração de Nascido Vivo”, os nomes dos pais intencionais, eis que se trata de um procedimento árduo.

Frisa-se que com a emissão da “Declaração de Nascido Vivo” em nome dos pais intencionais, outros problemas pertinentes ao tema, como os mostrados anteriormente, poderão ser solucionados sem a necessidade de ingresso ao sistema judiciário, que é o que gera maior estresse aos pais intencionais.

Em suma, diante de todo o exposto, concluiu-se que o contrato de cessão temporária do útero é válido, uma vez que não possui norma proibitiva, salvo se houver onerosidade.

Diante disso, o contrato, apesar de atípico, não ofende o disposto em nossa legislação pátria, tampouco aos princípios que regem a nossa sociedade.

Sendo assim, cabe ao legislador elaborar uma lei acerca deste tema, que permita à todas as famílias a possibilidade de constituir filiação, sem sofrer qualquer insegurança jurídica em razão da ausência de legislação regulamentadora, garantindo assim sua liberdade de planejamento familiar e dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 1996** - Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406 de 2002** – Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. CNJ. **Provimento n.º 63 de 14 de nov. de 2017.**

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>.

Acesso em: 14 nov. 2020.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; PIMENTEL, Dândara Domingos Figueiredo Alberoni; CARVALHO, Luiz Guilherme Tinoco Picanço. **Conflito de maternidade na cessão temporária do útero.** LexMagister. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27610657_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO. AspX. Acesso em: 04 set. 2020.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2011.

LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião.** Curitiba: Juruá, 2019.

MAIA, Thais; MUNHOZ, Luciana; SILVA, Beatriz de Mattos. **Reprodução assistida:** um guia fácil e descomplicado de Saúde e Direito. 2018, E-book. Disponível em: <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook- Reprodu% C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento 1000482-50.2020.8.11.0000.** BARRIGA SOLIDÁRIA. Agravante: Unimed Norte Mato Grosso Cooperativa Trabalho Medico. Agravado: Edicleia Paula Pivetta. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho, 06 de ago. de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtComExpressao=BARRIGA%20SOLID% C3%81RIA&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julga>

mento&orgaoJulgador=14&tipoBusca=1&k=h3e g0x. Acesso em: 04 set. 2020.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

OEA. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2020.

OLIVEIRA, Alexandre Mateus; QUINAIA, Cristiano. **Barriga de aluguel e as novas famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PAN American Health Organization. **Health indicators:**

Conceptual and operational considerations. 2018. E-book.

Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/49056>

Acesso em: 07 nov. 2020.

RESOLUÇÃO CFM nº 2.168 de 21 de setembro de 2017.

LegisWeb. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1037161-31.2017.8.26.0002**. Barriga E Solidária. Apelante/apelado: Henrique Silva Cabral. Apelado/apelante: Omint Serviços de Saúde Ltda. Relator: J.L. Mônaco da Silva, 09 de maio de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 14 nov. 2020.

CRIMES DE INJURIA RACIAL E RACISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CRIMES OF RACIAL INJURY AND RACISM IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Marcio Jose Placelino Honorato¹
Gilse Pickler Bratti²

Resumo: Trezentos anos de regime escravocrata no Brasil foram interrompidos relativamente em 1888, não houve reparação para as vítimas do referido regime, as consequências disso foram que as poucas gerações de negros libertos subsequente conviveram e ainda convivem com as cicatrizes da exploração racista. Diante disso, o presente artigo tem como finalidade esclarecer a diferença entre os crimes de injúria racial e de racismo. De maneira geral, pretende-se esmiuçar a questão dos crimes de racismo e de injúria qualificada pelo preconceito racial, com a finalidade de entender suas diferenças e proximidades dentro do ordenamento jurídico e como devem ser entendidos sob a interpretação do conjunto de fontes do Direito. A injúria racial ocorre quando alguém ofende diretamente ou individualmente a pessoa pela sua raça, como por exemplo, chamando-a de macaco, rato, índio imprestável ou qualquer outro estereotípico racista. Já o crime de racismo é praticado contra um grupo indefinido de pessoas, como por exemplo, falar que todos os negros são preguiçosos, ou todos os judeus são gananciosos, ou seja, não é direcionado a uma pessoa especificamente e sim a toda uma raça. Para a elaboração do presente artigo, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfico, por meio da análise de material teórico acerca do tema e especialmente, da legislação brasileira.

Palavras-chave: Racismo. Injúria racial. Preconceito.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: marcinohonoratto@gmail.com.

² Especialista em Direito Processual Penal. Assistente de Promotoria no Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Professora das disciplinas de Direito Penal I e Direito Processual Penal II na FUCAP-Univinte. E-mail: gilse_bratti@hotmail.com.

Abstract: *Three hundred years of slavery in Brazil were interrupted relatively in 1888, there was no reparation for the victims of that regime, the consequences of which, the few generations of freed blacks subsequently lived together and still live with the scars of racist exploitation. In light of this, this article aims to clarify the difference between crimes of racial injury and racism. In general, it is intended to examine the issue of crimes of racism and injury qualified by racial prejudice, in order to understand their differences and proximity within the legal system and how they should be understood under the interpretation of the set of sources of law. Racial injury occurs when someone directly or individually offends the person for their race, for example, by calling them a monkey, rat, useless Indian or any other stereotypical racist. The crime of racism, on the other hand, is practiced against an indefinite group of people, for example, saying that all blacks are lazy, or all Jews are greedy, that is, it is not directed at one person specifically, but at a whole race. For the preparation of this article, the bibliographic research method was used, through the analysis of theoretical material on the theme and especially, of the Brazilian legislation.*

Keywords: *Racism. Racial injury. Preconception.*

1 INTRODUÇÃO

O preconceito e a discriminação racial são temas que há muito tempo ocupam um lugar de destaque na academia, na política e na sociedade, que, ante as suas relevâncias, também repercutem no meio jurídico, sobretudo no Direito Penal.

Assim, o presente artigo tem por objetivo esclarecer a diferença entre os crimes de injúria racial e de racismo, de maneira a entender suas diferenças e proximidades dentro do ordenamento jurídico. Pretende-se tratar as diferenças entre o crime de racismo, inserido na Lei n. 7.716 de 1989, e o crime de injúria racial, disposto no Código Penal.

A problemática do tema reside em saber qual conduta se amolda a qual tipo penal e ainda, quais as consequências sofridas pelo autor do fato quando da prática de referidos crimes.

Ainda, tem-se como justificativa a necessidade de debate sobre o tema que, apesar de sua origem ser antiga, a sua presença é bastante atual.

Para isso, inicia-se o primeiro tópico do presente artigo conceituando-se as palavras raça, racismo e discriminação, a fim de iniciar a temática principal com o conhecimento acerca das principais palavras contidas em livros, artigos científicos, doutrinas, jurisprudências e até na própria legislação quando o tema é discriminação racial, e suas diferenças.

No segundo tópico, aborda-se o crime de racismo, que é considerado o ato de discriminar todo um grupo social por conta de sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, tipificado como crime por meio da Lei n. 7.716/89. Ainda, serão abordados os mandamentos constitucionais da imprescritibilidade e da inafiançabilidade do crime de racismo.

E por fim, será comentado acerca do crime de injúria racial, previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal. Comumente as pessoas confundem o crime de injúria racial com o crime de racismo que são crimes diferentes, já que a injúria racial visa ofender uma determinada vítima com dolo de injuriar, e que conscientemente ofende a honra subjetiva da vítima, utilizando-se de argumentos ligados à raça, cor, etnia, religião, origem, ou por sua condição de idosa ou portadora de alguma deficiência.

O método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico, com fontes de pesquisa na doutrina, legislação e artigos científicos que debatem sobre o tema do presente trabalho.

2 DEFINIÇÃO DE CONCEITOS

Antes de adentrar no tema principal do presente artigo, necessário se faz a conceituação de determinados termos e palavras. Nesse sentido, discute-se acerca da definição de conceitos de raça, racismo e discriminação.

A definição de raça é considerada como um grupo de indivíduo que possui determinadas características físicas e biológicas e que são repassadas de geração para geração. Além do âmbito biológico, raça refere-se a seres humanos, é um termo

que foi utilizado historicamente para identificar categorias humanas socialmente definidas. As diferenças mais comuns referem-se à cor de pele, tipo de cabelo, conformação facial e cranial, ancestralidade e genética³.

Para Guimarães⁴:

Raça é um conceito que não corresponde a nenhuma realidade natural. Trata-se, ao contrário de um conceito que denota tão somente uma forma de classificação social, baseada numa atitude negativa frente a certos grupos sociais.

O significado de raça, para o direito, foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 82.424-2/RS, no caso conhecido como “Caso Siegfried Ellwanger”, em que o paciente pretendia afastar a imprescritibilidade da pena que fora condenado, alegando que o crime praticado por ele não era de racismo, porque judeus não podem ser considerados uma raça. No citado julgamento, o ministro relator Maurício Corrêa teve opinião decisiva para o caso:

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais⁵.

O conceito de racismo está relacionado a uma negação de direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º, *caput*, da

³ SANTOS, Diego Junior da Silva. PALOMARES, Nathália Barbosa. NORMANDO, David. QUINTÃO, Cátia Cardoso Abdo. **Raça versus etnia**: diferenciar para melhor aplicar. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/15.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁴ GUIMARÃES, Antônio Sergio. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 34. ed. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo. 1999, p. 11.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424-2/RS**. Relator: Ministro Moreira Alves. Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524 em 16/09/2003.

Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, sem distinção qualquer natureza⁶.

Extraí-se do dicionário brasileiro que o racismo é o ato ou efeito de discriminar, recusa em reconhecer os direitos de outra pessoa ou grupo social de características culturais ou étnicas diferentes em nome de pertença inerente a superioridade. Atitude de preconceito, discriminação ou até mesmo hostilidades a certos seguimentos sociais ou geográficos diferentes⁷.

Deste modo, recusar-se a reconhecer os direitos de um estamento social, seja em relação étnica ou por uma suposta falácia ideológica de superioridade entre etnias, demonstra uma atitude de preconceito, discriminação, de hostilidade em relação a esse estamento social que acontece no mundo geográfico⁸.

Pode-se dizer que o racismo, no seu viés clássico, é uma forma sistemática de discriminação que tem a etnia como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para certos estamentos sociais⁹.

Embora haja relação entre os conceitos, o racismo é consequência do preconceito racial ou da discriminação racial. O preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado (rotulagem), e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias.¹⁰

De acordo com o Dicionário de Política de Norberto Bobbio, racismo pode ser definido como:

Com o termo Racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e principalmente, o uso político de alguns

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

⁷ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar de língua portuguesa**, 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2008. p. 1060.

⁸ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. **Rev. Antropol.** 47, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-77012004000100001>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁹ LIMA, Marcus Eugênio Oliveira. **As novas formas de expressão do preconceito e do racismo**. Estudos de psicologia, 2004, p. 401-411.

¹⁰ ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

resultados aparentemente científicos, para levar a crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores¹¹.

Vale ressaltar que recentemente o STF trouxe como novidade uma jurisprudência em sede de Ação de Inconstitucionalidade por Omissão¹² em que se evoluiu a dimensão do que se pensa sobre o racismo incluindo os atos de hostilidade contra o grupo LGBTQIA+ como interpretação analógica do tipo incriminador que se amolda no crime de racismo até que venha uma lei ordinária nacional de competência do Congresso Nacional que estabeleça um tipo específico para proteção desse grupo para que não fique escasso ou fora de proteção da norma jurídica brasileiro.

O STF entendeu, desse modo, que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança aspectos relacionados a dignidade e humanidade de grupos vulneráveis.

Com relação à discriminação racial, importante mencionar o disposto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968:

Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública¹³.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. Brasília: Universidade de Brasília, 2016. p. 1059.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin**, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

¹³ NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da>

Desse modo, a discriminação racial consiste em uma ação ou omissão que dá tratamento diferenciado a uma pessoa ou grupo de pessoas em razão da sua pertença a uma determinada raça, cor, sexo, nacionalidade, origem étnica, orientação sexual, identidade de gênero, ou outro fator.

3 O RACISMO E A LEI N. 7.716/89

O racismo no Brasil é conformado por mais de três séculos de escravidão e por teorias radialistas que fizeram parte da construção da identidade nacional. Após a abolição, a ausência do Estado na integração da população negra por meio do fornecimento de condições materiais e políticas para sua participação em uma sociedade livre garantiu a sobrevivência e ressignificação da mentalidade e prática escravocrata nas estruturas da república¹⁴.

Entre 1501 e 1870, mais de 12,5 milhões de africanos foram raptados, vendidos como escravos e transportados para o continente americano. Desses, um em cada quatro eram enviados para o Brasil, cerca de 4,8 milhões até a segunda metade do século XIX. Cerca de 20%, 1,8 milhão de pessoas, não chegaram ao destino, morreram de escorbuto, varíola, sarampo, sífilis, disenteria ou mesmo pela brutalidade dos traficantes. Muitas vezes os mortos jaziam por dias junto aos vivos nos navios negreiros até que fossem lançados ao mar¹⁵.

Nesse período, até mesmo o hábito dos cardumes de tubarões do Oceano Atlântico foi modificado, conforme aponta o jornalista Laurentino Gomes em seu livro “Escravidão”¹⁶. Alguns africanos suicidavam-se pulando em alto-mar, e os que sobreviviam à travessia, que podia durar meses, chegavam às

%20Assembleia%20Geral%2020106%20(XX)%20de%202021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf. Acesso em: 23 mai. 2021.

¹⁴ REZENDE. Milka de Oliveira. Racismo no Brasil. **Mundo Educação**, UOL. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/racismo-no-brasil.htm>. Acesso em: 14 mai. 2021.

¹⁵ REZENDE. Milka de Oliveira. Racismo no Brasil. **Mundo Educação**, UOL. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/racismo-no-brasil.htm>. Acesso em: 14 mai. 2021.

¹⁶ GOMES. Laurentino. **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**. v. 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

novas terras debilitados, subnutridos, doentes, machucados e, por vezes, cegos devido a infecções oculares.

Com o fim de coibir práticas racistas e garantir o direito fundamental de tratamento igualitário a todos, é importante que o ordenamento jurídico brasileiro tipifique condutas consideradas discriminatórias e racistas, fazendo com o que o autor dessas condutas sofra punições e não volte a praticar tais atos.

No Brasil, aponta-se como a primeira lei penal sobre a discriminação e o preconceito de raça, a Lei n. 1.390 de 3 de julho de 1951¹⁷, que inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Apesar disso, a jurisprudência da época se inclinava no sentido de apenas configurar a contravenção penal se houvesse um especial fim de agir do agente, o que levava essa lei a não ter muita efetividade, já que a jurisprudência da época tinha um entendimento muito restrito sobre quando configurar uma das contravenções penais.

Ainda, a Constituição Federal de 1988 buscou unir todas as pessoas em uma sociedade justa, livre e igualitária, inclusive, repudiando a prática do racismo. A constituição é extremamente antirracista em trazer de forma clara:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁸.

Além disso, segundo o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988, o racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei¹⁹.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 1.390 de 3 de julho de 1951. **Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

Apesar de garantir a igualdade de tratamento e criminalizar o racismo, a Constituição não regulamentou o tema, deixando para que o assunto fosse tratado em lei especial. Assim, surgiu a Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989²⁰, também conhecida como “Lei Caó”, por ter sido proposta pelo jornalista, ex-vereador e advogado Carlos Alberto Caó Oliveira dos Santos, que ampliou os elementos dos tipos penais e aumentou o rol de condutas de discriminação e preconceito antes previstos na Lei n. 1.390/51.

Originariamente, a Lei n. 7.716/89 tratava dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, apenas com o surgimento da Lei n. 9.459/97²¹ que o rol foi aumentado, tratando agora, além do preconceito, da discriminação e incluindo a etnia, religião e a procedência nacional como elementos desta discriminação.

Conforme Jesus:

A alteração legislativa foi motivada pelo fato de que réus acusados da prática de crime descritos na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (preconceito de raça ou de cor), geralmente alegavam ter praticado somente delitos de injúria, de menor gravidade, sendo beneficiados pela desclassificação. Por isso, o legislador resolveu criar uma forma típica qualificada envolvendo valores concernentes à raça, cor, etc., agravando a pena²².

A Lei n. 7.716/89 dispõe sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, cujo elemento subjetivo dos tipos penais consiste no dolo, vontade livre e consciente de praticar as condutas descritas no tipo penal. Ainda, as penas previstas para os crimes de preconceito e discriminação da Lei n. 7.716/89

²⁰ BRASIL. **Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.

²¹ BRASIL. **Lei n. 9.459 de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.

²² JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 32. ed. rev. atual. v. 2. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229.

variam de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, sem prejuízo de se aplicar a multa em alguns desses crimes²³.

É possível que o agente perca o cargo público caso cometa racismo no seu cargo, entretanto, critica-se o fato do efeito não ser automático, já que a Lei n. 7.716/89 deixa claro, em seus artigos 16 e 18, que haverá perda do cargo público se o Juiz decretar motivadamente na sentença, ou seja, é necessário que haja motivação do Juiz, não sendo efeito automático da condenação.

O artigo 2º da citada lei foi vetado pelo então Presidente da República. O supracitado artigo vinha dispor que os crimes de racismo eram imprescritíveis, insuscetíveis de fiança e também insuscetíveis de suspensão condicional da pena, porém, entendendo-se que a proibição da concessão de “sursis” seria medida extremada para o autor destes crimes entendeu-se por bem vetar o artigo.

Da mesma forma, o artigo 15 foi vetado, cujo tema tratava-se da discriminação por razões econômicas, sociais, políticas ou religiosas em local de trabalho ou público. A razão do veto teria sido a impertinência do tema uma vez que a lei cuidava apenas dos crimes de preconceito de cor. Além disso, outros artigos que tratam de penas acessórias e da aplicação do rito sumário aos crimes da citada lei foram igualmente vetados.

3.1 DA IMPRESCRITIBILIDADE

A imprescritibilidade do crime de racismo vem sendo por anos o ponto de maior debate quanto a este mandado de criminalização. A noção de prescrição é a regra geral quando se trata de crimes no Brasil e em qualquer nação que se intitule um Estado Democrático de Direito

²³ BRASIL, Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 15 mai. 2021.

Segundo Nagima²⁴, é possível conceituar a prescrição como a perda do direito do Estado em punir o sujeito ativo do delito ou de executar essa punição em razão do decurso do prazo previsto na legislação para exercer tal direito. Ou seja, extingue-se a punibilidade do autor do crime por conta da inércia do Estado em processar, julgar e punir o agente.

A prescrição nada mais é do que a perda do direito de punir do Estado pelo lapso temporal. Trata-se de um benefício em favor do réu quando se concretiza para certa pessoa, mas também pode ser considerada uma garantia incluída no devido processo legal, tendo o Estado prazo razoável para cumprir a pretensão punitiva e executória.

A adoção de crimes imprescritíveis não é novidade no ordenamento jurídico, diversas legislações mundo afora adotam crimes que não prescrevem. Diversos países da Europa tratam do genocídio e do homicídio qualificado como imprescritíveis e tratados internacionais que cuidam dos crimes de genocídio e dos crimes contra a humanidade também fixam a sua imprescritibilidade, porém no caso do Brasil, apenas para aqueles casos explicitamente contidos na Constituição Federal é que poderá ser aplicada esta regra da imprescritibilidade, ou seja, a ideia de que o Estado nunca perderá o interesse de processar e punir o racista²⁵.

O Constituinte Originário previu que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, consoante disposto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República²⁶.

Nesse sentido, a Carta Magna desejou postular um alerta à sociedade de que a segregação, a discriminação ou qualquer outra consequência do racismo é tão nociva que sua prática não deve se apagar pelo decurso do tempo, isto é, deve ser imprescritível.

²⁴ NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Da prescrição da pretensão punitiva no Código Penal**. In: JUS, fev. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26636/da-prescricao-da-pretensao-punitiva-no-codigo-penal>. Acesso em: 23 mai. 2021.

²⁵ MUNIZ, Ronaldo Pereira. Crimes decorrentes de preconceito-lei nº 7.716/89 análise dos princípios e dos mandados de criminalização. **Intertemas**. ISSN 1516-8158, v. 12, n. 10, 2007.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

3.2 DA INAFIANÇABILIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil é bem clara e mandatória quando estabelece que o crime de racismo não caberá o arbitramento da fiança, conforme exposto no seu artigo 5º, inciso XLII: “A prática do racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”.²⁷

Desse modo, nem a legislação infraconstitucional pode discordar com que foi estabelecido pela Constituição Federal, sendo que o tratamento que a constituição dá sobre o assunto é bem rígida em relação a outros crimes de modo geral.

A inafiançabilidade é a essência de impedir a fiança, que está disposto no artigo 322 e seguintes do Código de Processo Penal²⁸. A fiança serve para o acusado obter a vantagem de sua liberdade provisória até o término do julgamento.

Diante disso, em razão da gravidade, o crime de racismo não admite o arbitramento de fiança, seja pelo Delegado de Polícia, seja pela Autoridade Judiciária.

4 CRIME DE INJURIA RACIAL

A sociedade moderna e o Estado estão cada vez mais engajados em reduzir a desigualdade social entre as pessoas mais vulneráveis, que se encontram às margens da sociedade mais conservadora, que possuem uma discriminação pela sua origem étnica, como também pelo seu modo de viver.

Essa pessoa discriminada, seja pela questão étnica, seja pelo modo de viver, nesse tempo atual ganhou espaço, seja pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que veda qualquer forma de discriminação por sua natureza, seja de igual modo, porque a sociedade tomou consciência de que a diminuição da desigualdade gera benefícios para uma sociedade ainda melhor.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

²⁸ BRASIL. **Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 mai. 2021.

Desse modo, o Estado e a sociedade militam por estabelecer uma comunidade justa e igualitária, que garanta autonomia e direitos iguais a todos sem preconceito de qualquer natureza.

Em razão disso, entendeu-se necessária a tipificação de uma qualificadora do crime de injúria a fim de que seja punida com penas mais severas a prática de injúria com conotação racista, o que se deu com a inclusão do § 3º ao artigo 140 do Código Penal, por meio da Lei n. 9.459 de 1997.

Assim, como dito, a injúria racial se trata de um crime tipificado na parte especial do Código Penal, no rol dos crimes contra a honra, previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal, que tem como tutela um bem jurídico individualizado referente à sua procedência étnica. Crime que diariamente ocorre em eventos esportivos, por exemplo, onde a ação afeta diretamente um indivíduo, que pode ocorrer por meio de gestos ou palavras agressivas, e que fere a honra subjetiva da vítima utilizando-se elementos de raça, cor, etnia, religião ou origem:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
Pena - reclusão de um a três anos e multa.²⁹

No crime de injúria racial o bem jurídico protegido é a honra subjetiva da vítima, atribui-se qualidade negativa, ao passo que o racismo tutela a igualdade substancial e a não segregação.

Os elementos objetivos do tipo, cor, raça, etnia e religião, são os mesmos previstos na Lei n. 7.716/89, com exceção do acréscimo dos portadores de deficiência e dos idosos. Já o elemento subjetivo é o dolo de injuriar, que consiste na vontade livre e consciente de ofender a honra subjetiva da vítima, utilizando-se de argumentos ligados à raça, cor, etnia, religião, origem, ou por sua condição de idosa ou portadora de alguma

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

deficiência. A ação penal do crime de injúria racial, embora pública, está condicionada à representação do ofendido.

A grande diferença entre injúria racial e racismo é que na primeira o preconceito do agente é direcionado a uma vítima específica ao passo que no segundo, as vítimas são indeterminadas, ou seja, o agente faz manifestações preconceituosas generalizadas as pessoas da mesma raça.

Rogério Sanches Cunha registra que a qualificadora do artigo 140, § 3º, do Código Penal:

Refere-se à injúria preconceituosa, não se confundindo com o delito de racismo previsto na Lei 7.716/89. Neste, pressupõe-se sempre uma espécie de segregação (marginalizar, pôr à margem de uma sociedade) em função da raça ou da cor. No caso do § 3º do art. 140, o crime é praticado através de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima.³⁰

A segregação ou a intenção de segregar que o racismo pressupõe é real, ou seja, utilizada com o intuito de criar, por meio de ações concretas, efetivas divisão dos cidadãos em categorias baseadas em preconceito de raça, cor etc. Na injúria, de forma absolutamente diversa, a intenção é a ofensa moral, que, mesmo tendo como meio o objeto preconceito de raça ou de cor, de nenhuma forma se equipara à conduta anterior³¹.

A pena do crime de injúria qualificada é de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, o que gera várias críticas em razão da desproporcionalidade entre a pena cominada e o bem jurídico tutelado pela norma, pois de acordo com Bitencourt:

[...] há uma grande desproporção na proteção do bem jurídico honra nessa modalidade e na proteção de outros bens jurídicos, dentre os quais o bem jurídico vida, que, no homicídio culposo, recebe menor punição: a pena, isoladamente aplicada, é de detenção de um a três anos, ao passo que, nesta modalidade de injúria, é de reclusão (a

³⁰ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: v. único. Parte especial. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 203.

³¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: v. único. Parte especial. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 203.

mesma quantidade) cumulada com a multa. Na verdade, a própria proteção jurídica é preconceituosa³².

As penas dos crimes de injúria racial (1 a 3 anos) e de racismo (1 a 5 anos) são relativamente aproximadas e isso se deve ao fato de que apesar de os bens jurídicos serem distintos (igualdade e honra), eles se aproximam na prática, pois acabam causando o mesmo sentimento da vítima.

Cumpram-se destacar que o Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento (Habeas Corpus 154.248/DF), no final de 2020, que definirá se o delito do artigo 140, § 3º, do Código Penal, no trecho que versa sobre a “injúria racial” é espécie do gênero de racismo e, como consequência, é imprescritível, ou se existe autonomia delitiva entre o artigo 140, § 3º, do CP (crime de injúria qualificada) e o artigo 20 da Lei n. 7.716/1989 (crime de racismo), tal como hoje prevalece.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, no AREsp 686.965/DF, já decidiu que a injúria racial deve ser considerada imprescritível. O fundamento foi o de que:

[...] a questão da imprescritibilidade do delito de injúria racial foi reconhecida ao entendimento de que esse crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo³³.

E ainda, “a base do crime da prática do racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas [...]. Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao outro, e pode levar à segregação”³⁴.

Outrossim, acerca da inafiançabilidade do crime de injúria racial, importante ressaltar que nem a lei nem a Constituição Federal dispõe acerca do tema. Entretanto, a

³² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 361.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 686965 DF 2015/0082290-3**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199992524/agravo-em-recurso-especial/aresp-686965-df-2015-0082290-3>. Acesso em: 23 mai. 2021.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 686965 DF 2015/0082290-3**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199992524/agravo-em-recurso-especial/aresp-686965-df-2015-0082290-3>. Acesso em: 23 mai. 2021.

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já passou a admitir a inafiançabilidade também do crime de injúria racial.

Isso porque, como visto anteriormente, no AREsp 686965 DF 2015/0082290-3, o STJ decidiu que se aplica o mesmo tratamento do crime de racismo ao crime de injúria racial, passando, dessa forma, a injúria racial a ser imprescritível e também inafiançável:

A Lei n. 7.716/89 define como criminosa a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A prática de racismo, portanto, constitui crime previsto em lei e sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). O mesmo tratamento, tenho para mim, deve ser dado ao delito de injúria racial. Este crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo. Vêm, a propósito, as palavras de CELSO LAFER, quando diz que "A base do crime da prática do racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça' inferior em função de sua aparência ou origem. O racismo está na cabeça das pessoas. Justificou a escravidão e o colonialismo. Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao 'outro', e pode levar à segregação [...]"³⁵.

Assim, vê-se que apesar do entendimento ainda ser minoritário, referida decisão abre precedentes para outras futuras, tendo em vista que no crime de injúria racial também há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. É certo que a ofensa à honra e à personalidade da vítima ocasiona grande abalo emocional, além de frustrá-la quando há perda da pretensão punitiva do autor do fato, acarretando uma sensação de impunidade, pois deixa o injuriador livre para o cometimento de novos ilícitos.

Portanto, é preciso que a sociedade enxergue a gravidade de tais condutas e a importância de punir rigidamente

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 686965 DF 2015/0082290-3**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199992524/agravo-em-recurso-especial/aresp-686965-df-2015-0082290-3>. Acesso em: 23 mai. 2021.

atitudes pautadas no desrespeito à dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos brasileiros possuem a ideia de que o Brasil não é um país racista, porém os dados evidenciam uma realidade desagradável. Apesar da origem do racismo ser antiga, a sua presença é bem atual.

O racismo se manifesta de várias formas na sociedade, como na cultura, nas instituições e principalmente nas pessoas, e envolve todos os valores, símbolos, aspectos linguísticos e ideias que reforçam o racismo e que criam condições sociais para que negros sejam sistematicamente discriminados.

Nessas situações pessoas sofrem com a discriminação, fazendo com que sejam excluídas da sociedade em razão da raça, cor, sexo, nacionalidade, origem étnica, orientação sexual, identidade de gênero, ou outro fator.

Sendo assim, o presente trabalho pretendeu demonstrar que práticas racistas constituem crimes, segundo ordenamento jurídico brasileiro, por meio dos tipos penais de racismo e de injúria racial, sendo, inclusive, mencionado na Constituição Federal de 1988.

Existe uma grande diferença entre o racismo e a injúria racial, que no dia algumas pessoas confundem. O racismo é uma conduta discriminatória dirigida a determinado grupo social, em razão de sua raça, etnia, cor, religião ou origem, ou seja, o tratamento desigual, injusto e, muitas vezes, violento dado a um grupo de pessoas que ocorre em razão das falsas crenças de que existem raças superiores às demais. Ainda, segundo mandamentos constitucionais, o racismo é imprescritível e inafiançável.

Por outro lado, para caracterizar o crime de injúria racial, é necessário que o agente tenha a intenção de ofender e diminuir uma vítima específica, com xingamentos que estão relacionados à raça, cor, etnia, religião ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Acerca da imprescritibilidade e inafiançabilidade, a legislação e a Constituição Federal não mencionam trazem essas especificidades ao crime de injúria racial, entretanto, como visto, a jurisprudência já tem admitido o mesmo tratamento do crime de racismo ao crime de injuria racial, sob o argumento de que na injúria racial também há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana,

Como se vê, a Constituição Federal se preocupando com práticas dessa natureza, trouxe de forma específica, rigorosa observância. Portanto, importante mencionar a importância da legislação no combate ao racismo no Brasil, com propósito de coibir essas condutas que causam grande abalo emocional às vítimas.

Além dos limites impostos ao legislador infraconstitucional, tem-se que práticas racistas ainda estão longe de acabar na sociedade, por isso, entende-se que seria necessário o aumento de pena dos crimes de racismo e injúria racial, além de promover e implementar em níveis nacional, regional e até mesmo internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequadas para as vítimas de racismo, e colocando-se isso em prática, com certeza ter-se-ia uma redução significativa das condutas praticadas.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar de língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2008. p. 1060.

Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 361.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Lei n. 1.390 de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.459 de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524 em 16/09/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26/DF**, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 686965 DF 2015/0082290-3**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199992524/agravo-em-recurso-especialaresp-686965-df-2015-0082290-3>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, p. 1059.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. v. único. Parte especial. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 203.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**. v. I. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

GUIMARÃES, Antonio Sergio. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 34. ed. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo. 1999, p. 11.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. **Rev. Antropol.** 47, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-77012004000100001>. Acesso em: 23 mai. 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. 32. ed. rev. atual. v. 2. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229.

LIMA, Marcus Eugênio Oliveira. **As novas formas de expressão do preconceito e do racismo**. Estudos de psicologia, 2004, p. 401-411.

MUNIZ, Ronaldo Pereira. Crimes decorrentes de preconceito-lei nº 7.716/89 análise dos princípios e dos mandados de criminalização. **Intertemas**. ISSN 1516-8158, v. 12, n. 10, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação.

Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20\(XX\)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20(XX)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf). Acesso em: 23 mai. 2021.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Da prescrição da pretensão punitiva no Código Penal**. In: JUS, fev. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26636/da-prescricao-da-pretensao-punitiva-no-codigo-penal>. Acesso em: 23 mai. 2021.

REZENDE, Milka de Oliveira. Racismo no Brasil. **Mundo Educação**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/racismo-no-brasil.htm>. Acesso em: 14 mai. 2021.

SANTOS, Diego Junior da Silva. PALOMARES, Nathália Barbosa. NORMANDO, David. QUINTÃO, Cátia Cardoso Abdo. **Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/15.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021

A PROTEÇÃO DA PREVIDÊNCIA E DA ASSISTENCIA SOCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

PENSION PROTECTION AND SOCIAL ASSISTANCE TO PERSONS WITH DISABILITIES - AN ANALYSIS OF LEGISLATION IN FORCE

**Leandro Pereira Joaquim¹
Rafael Leandro²**

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a legislação brasileira, assim como a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, com o intuito de verificar a proteção previdenciária e assistencialista que a pessoa com deficiência possui no âmbito da seguridade social. Isso porque, o acesso à seguridade é um direito fundamental social expressamente reconhecido pela Constituição Federal, conforme previsto nos seus artigos 3º, inciso IV, 5º, 6º e 203, incisos IV e V. Protagonista de um importante papel na vida e subsistência da pessoa com deficiência, a assistência social será prestada independente de contribuição desde que cumpridos os requisitos dispostos na Lei, cabendo ao Estado o dever de proteger e garantir uma assistência mais benéfica a esse cidadão. No viés previdenciário, além dos requisitos objetivos, a contribuição pecuniária para o sistema é essencial. Para prosseguir no desenvolvimento teórico, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, sendo os modelos de pesquisa utilizados o bibliográfico e documental no que toca à legislação vigente, doutrinas e material de cunho informacional. Ao final, a conclusão obtida é que a seguridade fornece proteção à pessoa com deficiência nas duas frentes estudadas, uma de

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: leandrojoaquim22@gmail.com.

² Mestre em Direito. Professor titular das disciplinas Teoria Geral do Processo, Direito da Seguridade Social, Prática Jurídica III e Tecnologia e Inteligência Artificial Aplicada ao Direito na FUCAP Univinte. E-mail: prof.rafaelleandro@fucap.edu.br.

natureza contributiva (a previdenciária) e outra de natureza não contributiva (a assistência social), e a sua soma assegura o acesso do cidadão de diferentes situações econômicas a instrumentos de equalização das desigualdades sociais em razão da deficiência.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Proteção previdenciária. Assistência social.

Abstract: *This article aims to analyze the Brazilian legislation, as well as the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in order to verify the social security and welfare protection that people with disabilities have in the context of social security. This is because access to security is a fundamental social right expressly recognized by the Federal Constitution, as provided for in articles 3, items IV, 5, 6 and 203, items IV and V. Protagonist of an important role in life and subsistence of the person with a disability, social assistance will be provided regardless of contribution, as long as the requirements laid down in the Law are met, with the State having the duty to protect and guarantee more beneficial assistance to this citizen. In the social security bias, in addition to the objective requirements, the pecuniary contribution to the system is essential. To continue the theoretical development, the method of hypothetical-deductive approach was used, and the research models used were bibliographic and documental with regard to current legislation, doctrines and informational material. In the end, the conclusion reached is that security provides protection to people with disabilities on both fronts studied, one of a contributory nature (provide it) and the other of a non-contributory nature (social assistance), and their sum ensures citizen access from different economic situations to instruments for equalizing social inequalities due to disability.*

Keywords: Disabled person. Social security protection. Social assistance.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) relativos ao censo de 2010, no Brasil existem cerca de 45,6 milhões de pessoas que declararam ter algum tipo de deficiência, seja do tipo sensorial, visual, auditiva, física ou mental, o que representa cerca de 24% da população brasileira³.

Essa parcela da população nem sempre possui condições de prover seu sustento, ou muito menos tê-lo provido pelos seus familiares, o que direciona ao Estado o dever de prestar o mínimo de subsistência e dignidade, seja na forma de políticas sociais assistencialistas, através de benefícios financeiros, ou na forma securitária previdenciária, com regime de aposentadoria diferenciada para essas pessoas, justificando a importância da abordagem desse tema na presente pesquisa acadêmica de conclusão de curso.

Por essas razões e sobretudo pelo fato de ser o autor pai de um menino com deficiência, o presente artigo buscará analisar a legislação previdenciária e assistencialista no que se refere a tutela da pessoa com deficiência, bem como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Embora o propósito não seja o esgotamento do tema, considerando sua dimensão, necessário é delimitar a pesquisa. Para isso, objetivos específicos foram traçados. São eles: Estudar o conceito de pessoa com deficiência nos termos da lei; verificar a tutela constitucional das pessoas com deficiência e perquirir a legislação previdenciária e assistencial infraconstitucional a respeito da pessoa com deficiência.

O artigo é dividido em 6 (seis) tópicos, os quais foram estrategicamente distribuídos em duas partes principais.

Primeiro, buscou-se analisar o enquadramento de pessoa com deficiência como sujeito de direitos, a evolução conceitual e a importância que a Convenção Internacional sobre

³ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro. 2010. P. 71-73. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

os Direitos das Pessoas com Deficiência teve para uma denominação mais abrangente e utilizada atualmente.

Posteriormente, analisa-se as legislações previdenciárias e assistencialistas no tocante aos benefícios assistências, seus critérios e requisitos, assim como as formas de aposentadorias especiais que a pessoa com deficiência possui no direito brasileiro.

O presente artigo procurará responder a seguinte indagação: como a legislação previdenciária e assistencialista, no contexto da seguridade social, protege os interesses da pessoa com deficiência?

O método de abordagem utilizado nesta pesquisa foi o hipotético-dedutivo, sendo os modelos de pesquisa utilizados a bibliográfica e documental, fazendo-se necessário também, a utilização das legislações vigentes em relação à seara previdenciária e assistencialista, assim como notícias através de meios de comunicação digital e jurisprudências em relação a matéria de pesquisa.

Por fim, descreve-se as observações e comentários do autor, nas considerações finais, onde discorre com suas conclusões, diante dos fatos constatados e dos resultados alcançados.

2 A PESSOA COM DEFICIENCIA COMO SUJEITO DE DIREITO

Os direitos sociais no Brasil e no mundo são frutos de conquistas relacionadas à evolução da sociedade e a percepção da necessidade de proteção de todas as camadas da população. Assim como outros sujeitos de direito, a pessoa com deficiência possui características que geram o interesse do Poder Legislativo em conceder tratamento diferenciado com a finalidade de aplicação do princípio da isonomia material.

Nesse capítulo analisar-se-á a conceituação da pessoa com deficiência e a relevância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência instituída por meio do Decreto n.º. 6.949/2009.

2.1 O ENQUADRAMENTO CONCEITUAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de “deficiência” passou por diversas alterações para acompanhar as inovações na área da saúde e a forma com que o meio social se relaciona com parcela da população que apresenta algum tipo de deficiência. A partir desse processo evolutivo, ocorreram adoções de conceitos imbuídos de eufemismos⁴, tais como “pessoa incapaz”, “pessoa especial” e a mais utilizada “pessoa portadora de necessidades especiais”, sendo essa última prevista na constituição Federal de 1988⁵ antes ao Decreto 6.949 de 2009.

Esses conceitos eram utilizados com o fulcro de angariar politicamente posições que desvinculassem os deficientes de estigmas que, historicamente, carregavam uma forte tendência de inferiorização e exclusão social, conforme aponta Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, em seu artigo “O Novo Conceito Constitucional De Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem, há que se problematizar expressões uniformes”⁶.

Entretanto, na visão de Marques da Fonseca⁷, essas conceituações traziam uma macro interpretação sobre o tema, demonstrando não serem eficazes ou precisas para delimitar determinado grupo de pessoas que se encontram em caráter de vulnerabilidade, em razão de questões históricas, culturais e científicas. Pois, de certa forma, esses eufemismos, de maneira fútil e evidente, apenas camuflam e resguardam a exclusão.

⁴ Palavra, expressão ou ideia, que suaviza o sentido de outra, geralmente reduzindo sua carga negativa, rude ou vulgar. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/eufemismo/>. Acesso em: 22 mai. 2021.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁶ FONSECA, Tadeu Marques. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n. 10/2012, p. 37-77. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=. Acesso em: 21 mar. 2021.

⁷ FONSECA, Tadeu Marques. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n. 10/2012, p. 37-77. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=. Acesso em: 21 mar. 2021.

Segundo Fonseca⁸, existe a necessidade de se demonstrar “clareza, até porque a capacidade ou incapacidade da pessoa com deficiência nada tem a ver com suas condições pessoais, seus impedimentos físicos, intelectuais ou sensoriais”.

Para ter uma base, no último Censo Demográfico feito em 2010, aproximadamente 45,6 milhões de pessoas declararam ter pelo menos um tipo de deficiência, seja do tipo visual, motora, auditiva ou intelectual⁹, o que representa cerca de 24% de toda população brasileira.

No Brasil, foi somente após a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por meio do Decreto Legislativo n° 186 de 09 de julho de 2009¹⁰, posteriormente promulgado pelo Decreto Presidencial n° 6.949 de 2009¹¹, que veio à tona a expressão “pessoa com deficiência”, superando a ideia de impedimento como sinônimo de deficiência e reconhecendo na limitação de participação o fator determinante para constatar a falta de igualdade trazida pela deficiência. Acatou-se as reivindicações das pessoas com deficiência na elaboração do texto da Convenção da ONU, introduzindo-se no Preâmbulo, na letra “e” o conceito social de “pessoa com deficiência”:

(...) a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas

⁸ FONSECA, Tadeu Marques. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 10/2012, p. 37-77. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=. Acesso em: 21 mar. 2021.

⁹ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro. 2010. P. 71-73. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹⁰ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Congresso/DLG186-2008.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹¹ BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.¹²

Aqui, cumpre ressaltar que foi o papel preponderante das pessoas com deficiência que gerou a mobilização internacional, resultando na referida Convenção da ONU em 2006.

2.2 CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - DECRETO N. 6.949/2009

A Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006 foi marco histórico para o direito brasileiro, aperfeiçoando o sistema de direitos humanos trazidos pela própria ONU, dando maior enfoque aos grupos vulneráveis em questões de políticas públicas, sociais e econômicas, afirmando e reconhecendo a importância da aplicabilidade dos princípios que:

(...) reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo¹³.

Assim, resta reafirmado que, todo o ser humano nasce livre e igual em direitos e em dignidade¹⁴.

O propósito da Convenção resta estampado logo em seu primeiro artigo, demonstrando os traços de conceitos relacionados à igualdade, especialmente no propósito de:

Promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades

¹² BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹³ BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹⁴ Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente(...).¹⁵

O Decreto n. 6.949/2009 trouxe também uma melhor conceituação jurídica à expressão “pessoa com deficiência”, transparecendo o real propósito da Convenção ora estudada, a qual busca além do viés assistencialista, dar uma melhor qualidade de vida e pleno gozo dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana às pessoas com deficiência, passando a assumirem as direções de suas vidas, deixando de serem coadjuvantes nas relações jurídica-sociais. Conforme externa o artigo 1º, em sua segunda parte:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.¹⁶

O Decreto presidencial nº 6.949/2009, trouxe em seu artigo 2º, definições sobre as formas de “comunicações”, “linguagem”, as “discriminações por motivo de deficiência”, “adaptação razoável” e “desenho universal”, inerentes as pessoas com deficiência.

Algo de grande relevância, descrito como propósito na Convenção, são as formas de discriminação por decorrência da deficiência apontadas no artigo 2º, onde a Convenção inova e repreende tanto a intenção de diferenciar, excluir ou restringir direitos de pessoas com deficiência, quanto a constatação objetiva de que tais situações se operam em determinado meio social. Pode-se observar esse cenário na carência de inclusão de pessoas com deficiência em empresas, em espaços culturais,

¹⁵ BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

em escolas, nas atividades desportivas, entre outras, seja pelos impedimentos ou pela recusa em adaptações necessárias à inclusão das mesmas a possibilitar as suas práticas, por meio da acessibilidade.

Nesse sentido, como se não bastasse, a Agência Brasil¹⁷ apresentou uma pesquisa realizada pelo IBOPE, sob encomenda do Ministério Público do Trabalho em São Paulo, que demonstrou “69% dos entrevistados informaram que já vivenciaram ou presenciaram algum tipo de discriminação, bullying, rejeição, assédio moral e sexual, isolamento ou até violência física no ambiente de trabalho”.

O artigo 3º da Convenção da ONU elenca os seus princípios gerais, que são o respeito pela dignidade inerente, à autonomia individual, à liberdade das próprias escolhas, à independência pessoal; a não-discriminação; à participação plena e efetiva no meio social; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; à acessibilidade; à igualdade entre o homem e a mulher; o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade¹⁸.

Esses princípios buscam proteger e assegurar as condições de igualdade dos direitos, a aceitação, a inclusão e o respeito as pessoas com deficiência, assim como as liberdades fundamentais inerente as pessoas, surgindo para o Estado e toda a sociedade, no que tange a Convenção, a obrigação à promoção da proteção inerente à pessoa com deficiência, dando-lhes independência e maior participação nos meios políticos e sociais, libertando-os das algemas da superdependência.

¹⁷ CRUZ, Elaine Patrícia. **Pesquisa diz que pessoa com deficiência sofre preconceito no trabalho**. Agência Brasil. 13 de março de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/pesquisa-diz-que-pessoa-com-deficiencia-sofre-preconceito-no-trabalho>. Acesso em: 22 maio 2021.

¹⁸ BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

O artigo 4º da Convenção¹⁹ traz aos Estados Parte o compromisso e o dever de assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, proibindo qualquer tipo de discriminação, compelindo-os a: desestimular a discriminação, adotando medidas necessárias, inclusive, atualizações legislativas como forma de impedir a discriminação contra pessoa com deficiência; promover programas políticos, de proteção e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência; a promoção de pesquisa e desenvolvimento de bens e serviços, com emprego de tecnologia em favor de melhor qualidade de vida a pessoa com deficiência; a capacitação de profissionais para efetiva promoção dos direitos postos pela presente Convenção, com o intuito de melhorar a prestação assistencial e proteção de direitos; elaboração e implementação de políticas sociais, culturais e econômicas.

Cumpra também ressaltar o disposto no artigo 4º, nº 4²⁰, no tocante a legislação mais benéfica já existente nos Estados parte, onde, prevalecerá a que trazer maiores benefícios às pessoas com deficiência proibindo assim um retrocesso legislativo.

Demonstra-se que a melhor aplicação da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência não implica na sua utilização para a supressão ou restrição de direito mais benéfico já vigente na legislação local, fornecendo segurança jurídica à pessoa com deficiência.

¹⁹ BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

²⁰ BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

3 A TUTELA PREVIDENCIÁRIA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE

A Constituição Federal brasileira de 1988²¹ estabeleceu como objetivo a ser alcançado pelo Estado, um sistema político de Seguridade Social, inserido simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, com intuito de atender as necessidades básicas da população, passando as contribuições sociais a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não unicamente no campo da Previdência Social²².

A Previdência Social é considerada um dos pilares da Seguridade Social, assim como todos os organismos, instituições e direitos que dela decorrem, são direitos fundamentais, pois possuem expressa previsão constitucional, destinando-se à proteção da dignidade da pessoa humana inserida em uma frágil esfera dos direitos das pessoas, resguardando-as no momento de retirada do mercado de trabalho ou de outras circunstâncias amparadas em lei.²³

Entretanto, a previdência não possui caráter assistencialista, sendo vedada a criação de critérios e requisitos diferenciados para sua concessão pelos seus beneficiários, porém, possui traços assistenciais, conforme pode-se tirar do artigo 201, § 1º, da Constituição Federal:

Art. 201 [...];

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

²² CASTRO, Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro, 2018.

²³ SERAU JUNIOR, M. A.; Costa, J. R. C. Direitos sociais da pessoa com deficiência no Brasil: trabalho, previdência e assistência social. **Anales de La Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata**, (46). Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/Revista-AnalesJursoc/article/view/4023>. Acesso em: 28 abr. 2021.

No tocante os segurados com deficiência, a Constituição Federal no artigo 201, no seu parágrafo 1º, abre uma exceção à regra uniforme do sistema previdenciário, a qual veda a criação dos requisitos diferenciadores para a concessão da aposentadoria, prevendo formas diferenciadas para esse grupo de segurados, mas, não se limitando a este.

Há na Previdência Social características universalizantes que, segundo Serau Junior²⁴, aperfeiçoa-se pelo:

Processo de especificação das políticas públicas e diferenciação dos direitos fundamentais: a proteção jurídica dos direitos fundamentais deve ajustar-se às específicas situações materiais de cada segmento social.

O Estado deve conferir a proteção previdenciária mais vantajosa ao segurado da Previdência Social, atribuindo a necessária igualdade material (isonomia) em relação as demais formas de tratamento previdenciário, havendo assim, um tratamento jurídico mais adequado a esse grupo de pessoas.

3.1 APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LC Nº. 142/13

A previdência social conforme já mencionado no presente artigo, está inserida no sistema de seguridade social, o qual compreende, além da previdência, a saúde e a assistência social.

O sistema previdenciário brasileiro, teve uma forte alteração através da Emenda Constitucional (EC) n. 103, de 12 de novembro de 2019²⁵, a qual, modificou a regra geral disposta no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, alterando as

²⁴ SERAU JUNIOR, M. A.; Costa, J. R. C. Direitos sociais da pessoa com deficiência no Brasil: trabalho, previdência e assistência social. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata**, (46). Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4023>. Acesso em: 28 abr. 2021.

²⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

formas de aposentadoria por idade e tempo de contribuição. Em relação à aposentadoria por idade anterior à EC 103/2019, a idade mínima era de 65 anos se segurado homem e 60 anos se segurado mulher. Já, no caso de aposentadoria por tempo de contribuição, o período de contribuição era de 35 anos se homem, e 30 anos se mulher. Todavia, com o advento da EC 103/2019, a idade mínima para aposentadoria por idade passou para 62 para as mulheres (não ocorrendo modificação para os segurados do sexo masculino). A aposentadoria por tempo de contribuição, em razão da criação também de uma idade mínima para o seu acesso, deixou de existir nos moldes anteriores, salvo casos previstos na EC 103/2019 relacionados a direito adquirido e regras de transições.

Em relação aos trabalhadores rurais, não houve modificação em relação à idade mínima existente anterior a EC 103/2019 (60 para os homens e 55 para as mulheres).

Entretanto, a reforma da previdência não alterou a Constituição Federal no que tange a criação de formas diferenciadas de aposentadoria para os segurados com deficiência, existindo assim, o dever do Estado de criar formas mais vantajosas a esse segurado, conforme disposto no artigo 201, parágrafo 1º²⁶:

Art. 201 [...]:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;

O segurado com deficiência teve sua tutela satisfeita, após a criação da Lei Complementar nº. 142, de 8 de maio de

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

2013, que trouxe o conceito mais abrangente e atualmente adotado internacionalmente sobre deficiência, onde, no seu artigo 2º, aduz que²⁷:

Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A referida Lei Complementar regulamenta as formas diferenciadas de concessão de aposentaria aos segurados com deficiência²⁸.

Os critérios diferenciados aplicáveis à aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade estão previstos no artigo 3º da Lei Complementar n. 142 de 2013²⁹, sendo que, a depender do grau de deficiência do segurado, a aposentadoria por tempo de contribuição será devida nos seguintes termos:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve.

No que toca à aposentadoria por idade, o benefício poderá ser concedido aos 60 (sessenta) anos de idade, se

²⁷ BRASIL, **Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Presidência da República: Casa Civil, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 8 mai. 2021.

²⁸ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Niterói: Impetus. 2015.

²⁹ BRASIL, **Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Presidência da República: Casa Civil, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 8 mai. 2021.

homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período (art. 3º, V, LC.142/13)³⁰.

Nessa última espécie de aposentaria, o grau de deficiência mostra-se irrelevante, bastando o segurado com deficiência comprovada ter contribuído com tempo mínimo de 15 (quinze) anos a previdência.

No tocante à definição do grau de deficiência, a LC nº 142/2013³¹ em seu parágrafo único do artigo 3º, delega ao Poder Executivo a regulamentação do tema, cabendo a este delimitar, de modo claro e objetivo, sempre que possível, quais são as deficiências enquadradas como leves, moderadas ou graves.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei 13.146 de 6 de julho de 2015³², dispõe sobre as formas de avaliação da deficiência quando necessária, será pelo modelo biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.

O segurado interessado nessas espécies de aposentadoria deve se submeter à perícia médica própria do INSS, para identificação do grau de deficiência desde logo ou no momento do requerimento do benefício³³.

³⁰ BRASIL, **Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Presidência da República: Casa Civil, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 8 mai. 2021.

³¹ BRASIL, **Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Presidência da República: Casa Civil, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 8 mai. 2021.

³² BRASIL, **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 08 jun. 2021.

³³ CASTRO, Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro, 2018.

No caso de ser a deficiência superveniente à filiação ao RGPS, ou em caso de alteração do grau de deficiência, dispõe o artigo 7º da Lei Complementar 142/2013³⁴, que os parâmetros para a concessão da aposentadoria serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente.³⁵

A Lei Complementar nº 142 de 2013, não especifica o período de carência para as aposentadorias com redução do tempo de contribuição diferenciadas trazidas mais acima, devendo ser aplicada de forma subsidiária a regra geral da Lei n. 8.213/1991, que estabelece a exigência de 180 contribuições.

Denota-se a importância que teve a Lei Complementar 142/2013 no direito previdenciário brasileiro, a qual, trouxe formas mais benéficas aos segurados com deficiência, atendendo o pleito da diferenciação positiva em prol da igualdade.

4 ASSISTÊNCIA SOCIAL: BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

De acordo com o artigo 4º da Lei n. 8.212 de 1991³⁶, a Assistência Social é a política social que dispõe sobre o atendimento das necessidades básicas, manifestada em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa com deficiência, independentemente de qualquer contribuição à Seguridade Social. Sendo a Assistência Social um dos segmentos da seguridade social, possui como objetivo principal, diminuir as desigualdades sociais assim como atender as necessidades das pessoas não amparadas por um

³⁴ BRASIL, **Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Presidência da República: Casa Civil, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 8 mai. 2021.

³⁵ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Niterói: Impetus. 2015.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 jun. 2021.

sistema de proteção social, como por exemplo, de natureza contributiva, como é o caso da Previdência Social.

A Assistência Social é regida pela Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993³⁷, e traz em seu artigo 1º a definição legal deste seguimento da seguridade social:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Dentre seus objetivos, está presente:

A garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família³⁸.

Tal benefício é oriundo da ordem Constitucional, que em seu artigo 203, garante uma renda assistencial à pessoa com deficiência e ao idoso que, comprovadamente, não possuem condições de manter sua própria subsistência ou dela mantida pelos seus familiares.

Apesar de previsto pela Constituição Cidadã, foi somente no ano de 1993 que o benefício assistencial monetário foi regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), e somente instituído no ano 1996 após a publicação do Decreto n. 1744 de 1995.

O chamado “Benefício de Prestação Continuada” (BPC) é um benefício de caráter assistencial social não contributivo, no valor de um salário-mínimo que compõe a política assistencialista brasileira.³⁹

³⁷ BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social, publicada no Diário Oficial da União de 8 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em: 28 maio de 2021.

³⁸ BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social, publicada no Diário Oficial da União de 8 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em: 28 maio de 2021.

³⁹ PENALVA, Janaina; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. *Revista Sociedade e Estado*. v. 25. abril, 2010. Disponível em:

Segundo Fabio Zambitte Ibrahim⁴⁰, não se trata de um benefício previdenciário, pois:

[...] devido à sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. Ainda hoje esta prestação é frequentemente denominada ainda de renda mensal vitalícia ou amparo assistencial.

Como visto alhures, o Benefício de Prestação Continuada dispõe de uma série de prestações continuadas e assistenciais, pois não exige contrapartida monetária do segurado, cuja prestação corresponde a um salário-mínimo, objetivando prover o sustento de indivíduos hipossuficientes⁴¹.

Para a concessão desse benefício, a Lei impôs uma série de requisitos necessários, os quais, dois deles são comuns aos requerentes (pessoa idosa e pessoa com deficiência) sendo eles, a renda *per capita* familiar inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo e comprovada incapacidade de manutenção própria ou terna provida pela sua família, conforme aponta o artigo 20 da Lei 8.742 de 1993.

A Lei 8.742/93 definiu também que a ideia de família abrange, além do requerente, as outras pessoas que convivam sob o mesmo teto. Para a referida Lei o conceito de deficiência é amplo, enquadrando toda pessoa com “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, cujo qual, “pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”⁴²

<https://www.scielo.br/j/se/a/fZxw8zpmnvKgRvhPKb7wDRC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 jun. 2021.

⁴⁰ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Niterói: Impetus. 2015.

⁴¹ Pessoa que não possui condições financeiras para se sustentar. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/hipossuficiente/>. Acesso em: 28 mai. 21.

⁴² BRASIL. **Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Lei Orgânica da Assistência Social, publicada no Diário Oficial da União de 8 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

No tocante ao requisito da renda familiar *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo para a concessão do benefício, demonstra-se de grande relevância, a alteração do texto operado pela Lei n. 13.982, de 2 de abril de 2020.

Passou-se a prever, no artigo 20-A⁴³ a possibilidade ampliar o critério de renda *per capita* para 1/2 (meio) salário-mínimo em virtude do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus (COVID-19).

O BPC não possui caráter vitalício, podendo o benefício ser suspenso caso a pessoa com deficiência exerça atividade remunerada, inclusive na condição de empresário, sendo esse benefício revisado pelo órgão concedente a cada 2 (dois) anos para avaliação das condições que lhe deram causa⁴⁴.

No tocante à pessoa com deficiência acometida por Microcefalia, por ser essa moléstia incurável decorrente do Zika vírus, o benefício assistencial possui sua vitaliciedade adquirida pela Lei 13.985, de 7 de abril de 2020⁴⁵.

O BPC possui caráter não cumulativo, sendo assim, impossibilita o vínculo com qualquer outro benefício de caráter pecuniário no âmbito da Previdência Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, ressalvados o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória⁴⁶.

Conduto, em relação à remuneração advinda do contrato de aprendizagem pela pessoa com deficiência, só será possível a acumulação junto ao BPC, se respeitado o prazo máximo de dois anos, conforme orienta o Decreto n.º. 7.617 de 2011⁴⁷.

⁴³ BRASIL. **Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020**. Altera a Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13982.htm#view. Acesso em: 01 jun. 2021.

⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Lei Orgânica da Assistência Social, publicada no Diário Oficial da União de 8 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

⁴⁵ BRASIL. **Lei n.º 13.985, de 7 de abril de 2020**. Institui pensão especial destinada a crianças com Síndrome Congênita do Zika Vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2019, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13985.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

⁴⁶ CASTRO, Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro, 2018.

⁴⁷ BRASIL. **Decreto n.º 7.617, de 17 de novembro de 2011**. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto n.º 6.214, de 26 de setembro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7617.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

O BPC também não é sujeito o Benefício de Prestação Continuada a qualquer desconto de natureza contributiva e não gera direito ao pagamento de abono anual⁴⁸.

Compreende-se que, amparada pela Assistência Social, a pessoa com deficiência encontra sua tutela satisfeita independentemente de contribuição à seguridade social, pois há o condão de prover o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice.⁴⁹

O assistencialismo na seguridade social tem como objetivo principal preencher as lacunas deixadas pela Previdência Social, pois, como abordado anteriormente, o acesso a esta última não é extensível a toda e qualquer pessoa, mas somente a aquelas que contribuem para o sistema previdenciário, além de seus dependentes⁵⁰.

Na sociedade, existem indivíduos que não exercem atividades remuneradas, daí serem desprovidos de qualquer condição de custear a proteção previdenciária. Em relação à pessoa com deficiência, a depender do grau de incapacidade gerada pela deficiência, difícil é sua inserção ao mercado de trabalho, impossibilitando assim sua contribuição ao sistema de proteção previdenciário brasileiro. É nesse contexto que surge a atuação do Estado para prover assistência a estas pessoas (art. 1, Lei 8.742/93⁵¹).

Evidencia-se que o benefício de prestação continuada (BPC), portanto, é um instrumento de política social de

⁴⁸ CASTRO, Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro, 2018.

⁴⁹ AMORIM, Wanderson Lima. **A seguridade social de 2006 a 2016: uma análise sobre a sustentabilidade do sistema**. Pós-graduação lato sensu em Orçamento Público. Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). Senado Federal. Brasília, 2017. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/542666/TCC_Wanderson_Lima_de_Amorim.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=prote%C3%A7%C3%A3o%20que%20a%20sociedade%20proporciona,acidente%20de%20trabalho%2C%20enfermidade%20profissional%2C. Acesso em: 28 mai. 2021.

⁵⁰ AMORIM, Wanderson Lima. **A Seguridade social de 2006 a 2016: uma análise sobre a sustentabilidade do sistema**. Pós-graduação lato sensu em Orçamento Público. Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). Senado Federal. Brasília, 2017. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/542666/TCC_Wanderson_Lima_de_Amorim.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=prote%C3%A7%C3%A3o%20que%20a%20sociedade%20proporciona,acidente%20de%20trabalho%2C%20enfermidade%20profissional%2C. Acesso em: 28 mai. 2021.

⁵¹ BRASIL. **Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Lei Orgânica da Assistência Social, publicada no Diário Oficial da União de 8 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8742.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

distribuição de renda pelo Estado, de caráter não contributivo, que se destina a uma população carente de recursos financeiros e com necessidades evidentes, especialmente quando se fala da deficiência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado por meio do referencial teórico robusto encontrado na legislação, doutrina e demais fontes documentais, analisou os temas relacionados à pessoa com deficiência como sujeito de direito e o seu enquadramento conceitual acerca do tema deficiência no direito brasileiro, o importante papel que teve a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a tutela previdenciária e assistencialista como instrumento de igualdade à pessoa com deficiência.

Após a introdução, o segundo capítulo perquiriu sobre o interesse do Poder Legislativo em conceder tratamento diferenciado a pessoa com deficiência com finalidade de aplicar o princípio da isonomia material, assim como a evolução conceitual de deficiência, que passou por diversas alterações com o intuito de acompanhar as inovações na área da saúde e a forma que o meio social se relaciona com parcela da população que apresenta algum tipo de deficiência. Importante destacar também que se demonstrou a relevância que teve a convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual, trouxe a conceituação mais abrangente sobre a pessoa com deficiência, assim como as definições sobre as formas de “comunicações”, “linguagem”, as “discriminações por motivo de deficiência”, “adaptação razoável” e “desenho universal”, inerentes as pessoas com deficiência, atribuindo aos Estados Parte, o dever de assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos inerentes as dignidades da pessoa humana, proibindo qualquer tipo de discriminação, assim como assegurar as pessoas com deficiência, o mínimo para sua subsistência e integração social.

No terceiro e quarto capítulo, demonstrou-se a importância da seguridade social como política pública, seja no viés contributivo ou não contributivo. No pilar da assistência social há o benefício assistencial (BPC), com intuito de fornecer as suas necessidades básicas, manifestada na proteção da família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa com deficiência, que não possui condições de prover sua subsistência ou teta provida pela sua família independentemente de qualquer contribuição à Seguridade Social. No seio previdenciário, externa-se o importante papel que teve a Lei Complementar n°. 142 de 2013, que trouxe formas de aposentadoria mais benéficas para a pessoa com deficiência, reduzindo consideravelmente o tempo de contribuição para a aposentadoria desse grupo social, assim como a idade mínima para a obtenção desse benefício, respeitados os requisitos legais.

A partir de todos os referencias teóricos abordados na pesquisa, conclui-se que o sistema de seguridade social, aqui analisados a partir do prisma previdenciário e assistencial, fornecem meios para diminuir as desigualdades sociais assim como atender as necessidades das pessoas, seja de forma contributiva ou não, fornecendo proteção a pessoas com deficiência na superação dos seus desafios como sujeitos de direito num universo de desigualdades e necessidade de inclusões sociais.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Wanderson Lima. **A Seguridade social de 2006 a 2016: uma análise sobre a sustentabilidade do sistema.** Pós-graduação lato sensu em Orçamento Público. Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). Senado Federal. Brasília, 2017. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/542666/TCC_Wanderson_Lima_de_Amorim.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=prote%C3%A7%C3%A3o%20que%20a%20sociedade%20proporciona,acidente%20de%20trab

alho%2C%20enfermidade%20profissional%2C. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL, Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Presidência da República: Casa Civil, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 8 ago. 2014.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jul. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Congresso/DLG186-2008.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7617.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013. Altera o Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência. Brasília, 3 de dezembro de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_

Ato2011-2014/2013/Decreto/D8145.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social, publicada no Diário Oficial da União de 8 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.985, de 7 de abril de 2020. Institui pensão especial destinada a crianças com Síndrome Congênita do Zika Vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2019, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13985.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

CASTRO, Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro, 2018.

CRUZ, Elaine Patrícia. **Pesquisa diz que pessoa com deficiência sofre preconceito no trabalho**. Agência Brasil. 13 de março de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/pesquisa-diz-que-pessoa-com-deficiencia-sofre-preconceito-no-trabalho>. Acesso em: 22 mai. 2021.

FONSECA, Tadeu Marques. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n. 10/2012, p. 37-77. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=. Acesso em: 21 mar. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro. 2010. p. 71-73. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso: 25 mar. 2021.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Niterói: Impetus. 2015.

PENALVA, Janaina; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. **Revista Sociedade e Estado**. v. 25. abril, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/fZxw8zpmnvKgRvhPKb7wDRC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 jun. 2021.

SERAU JUNIOR, M. A.; COSTA, J. R. C. (2017). Direitos sociais da pessoa com deficiência no Brasil: trabalho, previdência e assistência social. **Anales...** (46). Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4023>. Acesso em: 28 abr. 2021.

A (IM) PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL

THE (IM) ATTACHMENT OF THE GUARANTOR'S FAMILY PROPERTY IN THE COMMERCIAL LEASE

Walkiria Bosa Carniato¹
Sandra Muriel Zadroski Zanette²

Resumo: O presente artigo visa abordar o instituto da (im) penhorabilidade do bem de família. A pesquisa sobre o tema traz primeiramente alguns conceitos fundamentais para que se consiga compreender o instituto da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação comercial. Será abordado neste artigo a importância da (im) penhorabilidade do bem de família e a divergência em relação a proteção do bem família do fiador em contrato de locação comercial, já que o único bem de família do locatário encontra-se protegido por lei, e a do fiador não. Além disso, será visto os princípios constitucionais garantidores deste instituto, em destaque o princípio da dignidade humana e o princípio da função social da propriedade. Com os inúmeros casos sobre o tema que chegam ao judiciário, está para julgamento no Supremo Tribunal de Justiça – STF, o tema 1127 da repercussão geral. Utilizou-se na pesquisa o método de abordagem dedutivo e foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e súmulas. A conclusão sobre o tema, ainda está indefinido, pois diante da divergência jurisprudencial que gerou a repercussão geral que originou o Tema 1127 ainda aguarda julgamento.³

Palavras-chave: (Im)penhorabilidade do bem de família. Fiador. Locação comercial. Tema 1127 STF.

¹ Acadêmica do Curso de Direito na Instituição FUCAP. E-mail: walkbos@gmail.com

² Doutoranda em Direito pela UFSC, sob orientação da Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese. Mestre em Direito (UFSC). Graduada em Direito e Administração (Unesc/Criciúma). Advogada. Professora (ESUCRI e FUCAP). Pesquisadora do NEJUSCA – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade do Centro de Ciências Jurídicas/UFSC. E-mail: smurielz@hotmail.com.

³ Tema está pautado para julgamento 05/08/2021.

Abstract: *This article aims to address the institute of (im)seizure of family property. The research on the subject first brings some fundamental concepts to understand the institute of (im)attachment of the guarantor's family property in the commercial lease agreement. In this article, the importance of the (im)attachment of the family property and the divergence in relation to the protection of the guarantor's family property in a commercial lease agreement will be addressed, since the lessee's only family property is protected by law, and that of the guarantor no. In addition, the constitutional principles guaranteeing this institute will be seen, highlighting the principle of human dignity and the principle of the social function of property. With the numerous cases on the subject that reach the judiciary, it is up for judgment in the Supreme Court of Justice – STF, the subject 1127 of the general repercussion. The deductive approach method was used in the research and bibliographical, jurisprudential and summary researches were carried out. The conclusion on the subject is still undefined, as given the jurisprudential divergence that generated the general repercussion that gave rise to Theme 1127, it still awaits judgment.*

Keywords: *(Im) attachment of family property. Guarantor. commercial leasing. Theme 1127 STF.*

1 INTRODUÇÃO

A busca do indivíduo em se tornar empreendedor gera como consequência um aumento pela procura do aluguel de imóvel comercial. Ocorre que, para a efetivação do contrato de aluguel é exigido do indivíduo uma das modalidades de garantia que estão elencados na Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), dos quais podem ser: caução; fiança; seguro fiança locatícia, ou ainda cessão fiduciária de quotas de fundo e investimento. O intuito de tal exigência é feita pelo locador ao locatário como proteção do locador para pagamento de aluguel ou quebras de contrato. Das quatro modalidades acima citadas, será abordada a modalidade fiança.

A fiança é a modalidade em que o fiador fica responsável pela dívida do locatário, e vincula o bem de família do fiador ao contrato de aluguel do locatário. Caso o locatário se torne inadimplente perante o contrato de locação, o fiador responderá com o seu bem de família. Contudo, ao se falar de contrato de locação comercial, a legislação resguarda o bem de família do locatário, mas não há proteção ao bem de família do fiador.

Convém ainda mencionar, que a penhorabilidade argumentada no artigo 82, da Lei do inquilinato é controverso, pois a doutrina e a jurisprudência entendem que tal artigo diverge do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, Constituição Federal – CF/1988), quando diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, e também, o direito social à moradia (artigo 6º, CF/1988, EC n. 26/2000), no qual expõe que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia [...], na forma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”⁴.

A repercussão geral do Tema 295, do Supremo Tribunal Federal - STF trata da penhora do bem de família do fiador. Porém, os julgamentos sobre a penhora do bem de família do fiador, não estavam sendo distinguidos do contrato de locação residencial e comercial. O que acabou gerando inúmeros processos sobre o tema relacionado ao imóvel comercial, além da divergência entre o entendimento da primeira e a segunda Turma do STF.

Por conta dessa divergência e perante as inúmeras ações relacionadas à penhora do bem de família do fiador no contrato de locação comercial, foi reconhecido no dia 5/3/2021 a repercussão geral – Tema 1127, que irá julgar a (in) constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador no contrato de locação comercial.

Portanto, no tocante à presente pesquisa, primeiramente será analisada a exposição conceitual sobre a família, o bem de família, o fiador, o contrato de locação, e como se insere nesse

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

contexto o bem de família do fiador na questão da (im) penhorabilidade.

Em um segundo momento será analisada a violação dos direitos constitucionais inerentes ao direito de moradia do fiador, como a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da função social da propriedade.

Em suma, o objetivo do presente artigo é analisar o instituto bem de família e a sua (im) penhorabilidade, e como o STF vem se posicionando sobre esse tema que gera grande impacto social, que inclusive está para ser julgado definitivamente a sua (in) constitucionalidade.

2 A FAMÍLIA E O INSTITUTO BEM DE FAMÍLIA

Em um conceito muito básico, família é o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco com laços de afeto, mas que vivem no mesmo lar.

A família *stricto sensu* compreende os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis até o quarto grau, enquanto a família em sentido mais restrito, e modelagem mais frequente no atual entorno social, respeita ao grupo formado pelos pais e por seus filhos, cada vez em menor número de componentes⁵.

Segundo Pablo Stolze Gagliano a família “é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes segundo a dignidade humana de cada um”⁶.

A família é considerada a base da sociedade, e por isso tem proteção especial do Estado, e está respaldado no artigo 226, *caput*, da CF/1988 e no §3º reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, bem como no §4º

⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 81.

⁶ STOLZE, Pablo. PAMPLONA Veiga, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

reconhece como entidade familiar a família monoparental⁷. Assim, com o advento da CF/1988 foram reconhecidas explicitamente como entidades familiares, além da família originada pelo casamento, a união estável e a família monoparental, em que figura somente o pai, ou mãe com seus filhos⁸.

O conceito de família deixou de ser aquela constituída pelo casamento hétero, patriarcal, hierarquizada e biológica, dando espaço para as novas famílias fundadas de forma pluralizada, ou seja, democrática, igualitária, hetero ou homo parental, biológica ou não, construída no afeto e com caráter instrumental⁹.

Além das famílias reconhecidas explicitamente pela CF/1988, essa também reconhece um rol de famílias fundadas de forma pluralizada. Implicitamente previstas cita-se: a família eudemonista; a unipessoal, single ou celibatárias; a anaparental ou parental; a pluriparental, mosaico ou reconstituídas; extensa ou ampliada; a homoafetiva; a solidária; e a virtual (IFamily)¹⁰.

A família unipessoal é aquela em que reconhece a família no indivíduo solteiro, separado divorciado ou viúvo (celibatários), mas que podem ter relacionamentos eventuais, e apesar de não ser reconhecida por lei, possui proteção do imóvel considerado bem de família, por meio da Súmula 364, do STF¹¹, “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”¹².

O direito de família tutela de forma autônoma as relações familiares, pessoais/afetivas, patrimoniais e assistenciais¹³.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁹ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de família**. Disponível em: https://www.portal.fucap.edu.br/projetos/portal_online/index.php?&tid=0&lid=0&pid=24&sid=4307e9907cb. Acesso em 29 mar. 2021.

¹⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4 ed. Salvador: Juspdvm, 2018. p. 144-198.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 364**. Disponível em: https://ww.coad.com.br/busca/detalhe_16/2239/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹² ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4 ed. Salvador: Juspdvm, 2018. p. 147-149.

¹³ GARCIA, Wander, PINHEIRO, Gabriela R. **Manual completo de direito civil**, v. único. São Paulo: Foco, 2014. p. 738.

Contudo, possui capacidade judiciária ou personalidade anômala, exclusiva para o processo¹⁴. Para Wander Garcia “pode-se dizer que a natureza jurídica do Direito de família é de direito privado com intervenção estatal, tudo com o objetivo de proteger a família, dada sua importância social, como instituição basilar da sociedade.”¹⁵

Além disso, o Direito de Família propaga seus efeitos a outros institutos, tais como, a compra e venda de ascendente a descendente; a responsabilidade civil pelo ato dos filhos menores; direito das sucessões; direito previdenciário; direito processual, como as questões de impedimento e remição; direito penal, como nos crimes contra o casamento, a filiação, a assistência familiar e o poder familiar¹⁶.

Com relação ao bem de família, o imóvel residencial da entidade familiar, surge com o casamento, união estável, ou qualquer outra entidade familiar, da qual, é tutelada juridicamente. O instituto bem de família é um direito, e possui o objetivo de proteger a habitação familiar, garantindo o asilo, a residência¹⁷.

Pablo Stolze Gagliano conceitua “o bem de família como o bem jurídico cuja titularidade se protege em benefício do devedor – por si ou como integrante de um núcleo existencial, visando à preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna.”¹⁸

Somente em 1916, depois de algumas tentativas, o bem de família foi contemplado com a sua inserção no ordenamento jurídico, e ganhou o seu espaço no Código Civil Brasileiro, no Livro dos Bens.

Com o passar do tempo, e a numerosa necessidade de se resolver conflitos relacionados ao bem de família, o

¹⁴ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO Roberto. **Manual de direito civil**, v. único. Bahia: Juspodvm, 2020. p. 1.372-1.373.

¹⁵ GARCIA, Wander, PINHEIRO, Gabriela R. **Manual de direito civil**, v. único. São Paulo: Foco, 2014, p. 738.

¹⁶ GARCIA, Wander, PINHEIRO, Gabriela R. **Manual de direito civil**, v. único. São Paulo: Foco, 2014, p. 742.

¹⁷ FIGUEIREDO, Renata da Silva. **Direito de família**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8512/Bem-de-familia-legal-ou-obrigatorio-Lei-8009-90>. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹⁸ STOLZE, Pablo. PAMPLONA Veiga, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**, v. 11. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 399.

ordenamento jurídico foi evoluindo, primeiro com a normatização do Código Civil de 1916¹⁹, depois com o Decreto-lei 3.200/41²⁰ e a Lei Federal 6.015/73²¹, todos com o princípio básico de proteção do domicílio familiar.

Depois de muitas discussões, o bem de família foi transferido para o capítulo do Direito de Família, onde possui caráter próprio, com a finalidade de proteção do domicílio familiar.

Apesar de ganhar espaço no ordenamento jurídico, com o intuito de preservá-lo, observa-se que, por conta da onerosidade de instituir o bem de família (custos com a escritura pública, registro no cartório de registro de imóveis, a publicação de Edital, etc.); a burocracia (escritura pública e procedimentos) e a indisponibilidade do patrimônio (tornar o imóvel inalienável), o imóvel deixa de ser regularizado.

Em 1990 foi editada a Medida Provisória 143²², e instituiu a impenhorabilidade do imóvel residencial, intitulado como bem de família, além de outros bens de família, como móveis quitados que fazem parte do lar.

Logo, com a promulgação da Lei 8.009/1990²³ instituiu-se o bem de família legal e a sua impenhorabilidade, onde defende que o indivíduo que possui somente um único bem de família, este não pode ser objeto de penhora para satisfazer um crédito, caso contrário, estaria submetendo esse indivíduo a privação e/ou humilhação.

E submeter um indivíduo a tal situação, contraria o Princípio da Dignidade Humana, instituto velado pela CF/1988, que visa assegurar à pessoa um mínimo de direitos patrimoniais, para que viva com dignidade.

¹⁹ BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.

²⁰ BRASIL. **Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3200.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.

²¹ BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 31 mai. 2021.

²² BRASIL. **Medida Provisória n. 143, de 1990**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/8622>. Acesso em: 30 mai. 2021.

²³ BRASIL. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.

Na Lei 10.406/02 do Código Civil²⁴, o Direito de Família (livro IV), incluiu a partir do artigo 1.711 e seguintes, o bem de família, tornando-se impenhorável, resguardando a família²⁵.

Ainda sobre a impenhorabilidade, é texto da Súmula 364²⁶, do Supremo Tribunal de Justiça, “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Outra observação importante a ser feita, é que, no Brasil adota-se o sistema dualista para tratar do bem de família, ou seja, o bem de família legal, e o bem de família voluntário ou convencional.

A casa é asilo inviolável e constitui o mínimo necessário, da qual, não pode ser retirada do núcleo familiar para pagar dívidas, portanto, existe a intensão de proteger o patrimônio de penhora por dívida já constituída²⁷.

O bem de família legal é cogente, involuntário ou obrigatório, ou seja, aquele que decorre da própria lei, conforme está descrito nos artigos 1.711 e seguintes do Código Civil²⁸. Cuida da impenhorabilidade do único imóvel de moradia permanente do casal, ou da entidade familiar, do qual, possui regulamentação própria, mais precisamente a Lei 8.009/90²⁹.

A Lei 8.009/90³⁰, elenca os bens como bens de família, e uma vez qualificado como tal, este instituto jurídico passa ser impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída

²⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

²⁵ SIQUEIRA, Carlos. **O bem de família do fiador pode ser penhorado?** Caxias do Sul: EDUCS, 2013, p. 25-32. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/185261/pdf/0?code=yjH/Vs4aklTK0xaKmOZYgXbQs9SEbShRSdq4oohduNwPJT5ktnSJ3SVA/1ODrYqgkWUYZImKDXs2FrRc+cFBA==#>. Acesso em: 13 abr. 2021.

²⁶ BRASIL. **Tribunal Superior de Justiça**. Súmula n. 364. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2239/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 19 abr. 2021.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O que é bem de família e por que ele não pode ser penhorado**. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-e-bem-de-familia-e-por-que-ele-nao-pode-ser-penhorado/#:-:text=Bem%20de%20familia%20é%20a,sofrer%20nenhuma%20forma%20de%20apreensão>. Acesso em: 29 mar. 2021.

²⁸ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO Roberto. **Manual de direito civil**, v. único, Bahia: Juspodvm, 2020, p. 1.669.

²⁹ BRASIL. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.

³⁰ BRASIL. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.

pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, mas com algumas exceções legais, das quais, estão listadas nos artigos 2º e 3º da mesma lei.

O bem de família deve preencher alguns requisitos como, o imóvel deve ser residencial urbano ou rural, e próprio da entidade familiar, além disso, compreende o imóvel sobre o qual se assenta a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, e os móveis da casa, desde que quitados, o que não inclui os automóveis, as obras de arte e os adornos luxuosos.

Já no que se refere ao bem de família voluntário ou convencional, o bem de família voluntário, é aquele que, quando a família possuir mais de um imóvel, permite a entidade familiar escolher em qual imóvel deve recair a penhora³¹.

Importante ressaltar que para isso ocorrer é necessário expor tal desejo por meio de escritura pública ou testamento, lavrados pelos cônjuges ou pessoas de outra entidade familiar³², conforme está descrito no artigo 1.711, do Código Civil/ 2002.

O bem de família, também pode ser formado por terceiro, através de testamento ou doação, e para que seja constituído, o bem de família deve ser registrado o seu título no Registro de Imóveis³³, assim está instituído no artigo 1.714 do código Civil/ 2002.

Vale ressaltar, que o bem de família voluntário não poderá exceder a 1/3 (um terço) do patrimônio líquido da entidade familiar.

Dessarte, tem-se que o instituto bem de família pode ser tutelado, e o objetivo principal, é a blindagem de uma possível execução do imóvel por dívidas posteriores à sua instituição, exceto as que originarem de tributos relativos ao prédio, ou de

³¹ GARCIA, Wander, PINHEIRO, Gabriela R. **Manual completo de direito civil**, v. único. São Paulo: Foco, 2014. p. 769.

³² GARCIA, Wander, PINHEIRO, Gabriela R. **Manual completo de direito civil**, v. Único. São Paulo: Foco, 2014. p. 769.

³³ GARCIA, Wander, PINHEIRO, Gabriela R. **Manual completo de direito civil**, v. Único. São Paulo: Foco, 2014. p. 769.

despesas de condomínio³⁴, conforme dispõe no artigo 1.715 do Código Civil.

Quanto ao bem de família voluntário, Rodrigo da Cunha Pereira explica, que este instituto oferece proteção futura contra qualquer dívida³⁵, porém, deve-se observar as exigências do artigo 1.711, do Código Civil/ 2002.

Feita a breve análise sobre o bem de família, em seguida será analisada a sua posição no contrato de locação.

3 CONTRATO DE LOCAÇÃO

É por meio do contrato que é possível compor relação jurídica, onde os indivíduos possuem livre manifestação de vontade, com o intuito lícito de satisfazer seus interesses, e interesses sociais. O contrato regula um conjunto de direitos e obrigações que ambas as partes convencionam previamente, e possui característica bilateral, oneroso, consensual, não formal com tempo determinado.

Além disso, o contrato não está restrito à ordem privada e a sua atuação, é bastante abrangente em vários segmentos, tem-se como exemplo, o contrato de compra e venda, o contrato de empréstimo (comodato), o contrato mútuo, o contrato do transporte, mas o contrato da locação das coisas, é o tipo de contrato que se pretende abordar³⁶.

Referente ao contrato de locação, pode-se dizer que de um lado existe o locador, que pretende ceder uma coisa (objeto da locação), com o intuito remuneratório (preço), e de outro lado o locatário, que pretende gozar dessa coisa, assumindo a obrigação. São passíveis de locação, os bens móveis ou

³⁴ GARCIA, Wander, PINHEIRO, Gabriela R. **Manual completo de direito civil**, v. único, São Paulo: Foco, 2014. p. 769.

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O que é bem de família e por que ele não pode ser penhorado**. Disponível em: [³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O que é bem de família e por que ele não pode ser penhorado**. Disponível em: \[274\]\(https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-e-bem-de-familia-e-por-que-ele-cao-pode-ser-penhorado/#:-: text=Bem%20 de%20familia% 20é%20a,sofrer% 20nenhuma% 20forma% 20de %20apreensão. Acesso em: 29 mar. 2021.</p></div><div data-bbox=\)](https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-e-bem-de-familia-e-por-que-ele-cao-pode-ser-penhorado/#:-: text=Bem%20de% 20familia% 20é%20a,sofrer% 20nenhuma% 20forma% 20de %20apreensão. Acesso em: 29 mar. 2021.</p></div><div data-bbox=)

imóveis, infungíveis, sendo que ao final do contrato, deve ser devolvida a coisa locada³⁷.

A Lei 8.245/1991³⁸ disciplina os contratos de locação e elenca no seu artigo 37, três modalidades de garantia, quais sejam, a caução, a fiança e o seguro-fiança. Logo depois, com o advento da Lei 11.196/2005³⁹, surgiu nova modalidade, a de cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Vale ressaltar que é permitida somente uma das modalidades de garantia, caso contrário o contrato sofrerá pena de nulidade com a exceção da caução de vários bens, ou a presença de mais de um fiador.

O artigo 82, da Lei 8.245/1991 acrescentou no artigo 3º, da Lei 8.009/1990⁴⁰, o inciso VII, a penhora por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isso porque, o legislador tinha o intuito de viabilizar as locações em geral.

Contudo, antes da Lei 8.009/1990 o imóvel residencial do fiador estava isento dessa penalidade. Jefferson Ursioli Lopes, traz o conceito de que, “a fiança é instituto do Direito Civil de natureza contratual e conceitua-se como garantia pessoal prestada por determinada pessoa, pelo qual, esta garante ao credor por obrigação não paga pelo devedor principal”⁴¹.

Na fiança o fiador é sujeito garantidor com obrigação acessória de outra principal e assume três modalidades: a fiança convencional, que decorre da vontade entre fiador e afiançado; a fiança legal, que acontece quando a lei impõe sua aplicação, por exemplo, como se dá com o usufrutuário (artigo 1.400, do Código Civil), e a judicial, onde o juiz determina, de ofício ou por pedido das partes, como por exemplo o que acontece nas

³⁷ CARVALHO, Carla; ZAMPIER, Bruno. **Esquematizado OAB**. v. único. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 301.

³⁸ BRASIL. **Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 29. mar. 2021.

³⁹ BRASIL. **Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁰ BRASIL. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.

⁴¹ LOPES, Jefferson Ursioli. **Aspectos jurídicos sobre o aval e fiança e suas distinções**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7253/Aspectos-juridicos-sobre-aval-e-fianca-e-suas-distincoes>. Acesso em: 29 mar. 2021.

responsabilidades civis em que se impõe pensionamento⁴², conforme sumula 313, do STJ⁴³,

Súmula 313, do STJ

Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

Por ser garantia acessória, na hipótese de extinção ou modificação da obrigação principal, esta deixa de existir caso o fiador não tenha interferido.

Também é obrigação do fiador, caso esteja previsto na principal, não somente o dever de satisfazer a dívida como também pode ser objeto de fiança a obrigação de fazer e não fazer⁴⁴, e tal instituto encontra-se regulado no artigo 818 e seguintes do Código Civil/ 2002.

Quanto ao instituto da penhora, pode-se dizer que é um dos meios possíveis e necessário utilizado no processo de execução para que se possa efetivar o pagamento de débito de um direito reconhecido, de maneira célere e menos onerosa para as partes, porém é um instituto que deve ser analisado com cuidado para que não seja ferido o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁴⁵.

Ainda é importante frisar que o fiador assume a dívida de outrem, por meio contratual na esfera civil, e responde com seus bens pela obrigação afiançada mesmo que seja um bem de

⁴² LOPES, Jefferson Ursioli. **Aspectos jurídicos sobre o aval e fiança e suas distinções**. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7253/Aspectos-juridicos-sobre-aval-e-fianca-e-suas-distincoes>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 313**. Disponível em: <https://www.scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=313&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁴ LOPES, Jefferson Ursioli. **Aspectos jurídicos sobre o aval e fiança e suas distinções**. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7253/Aspectos-juridicos-sobre-aval-e-fianca-e-suas-distincoes>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁵ LOPES, Jefferson Ursioli. **Aspectos jurídicos sobre o aval e fiança e suas distinções**. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7253/Aspectos-juridicos-sobre-aval-e-fianca-e-suas-distincoes>. Acesso em: 29 mar. 2021.

família⁴⁶, consoante artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90⁴⁷, da qual autoriza a penhora de bem de família do fiador.

Com a penhora é possível individualizar os bens do patrimônio do devedor que serão executados posteriormente. Uma vez penhorado o bem, ou seja, afetado pelo Estado, este bem fica restrito a venda ou a transferência à terceiros com a finalidade de satisfazer o adimplemento do credor.

É importante mencionar que se for possível serão penhorados os bens tantos quantos forem necessários para resolver o débito. Caso ocorra não encontrar algum bem para a penhora, poderá o devedor ser intimado para indicar um disponível mesmo que seja em outro estado, ou município⁴⁸. Porém, no artigo 833, do Código de Processo Civil/ 2015 estão elencados os bens inalienáveis, e estes não serão passíveis à execução. E está confirmado no artigo 3º, da Lei 8.009/90 e no artigo 832, do Código de Processo Civil/ 2015: “não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.”⁴⁹

Ainda, merece atenção o texto da Lei 13.105/2015 em seu artigo 833, §1º que diz: “A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição”. Portanto, as dívidas contraídas para adquirir aqueles bens elencados no artigo 833, perdem o benefício da impenhorabilidade, e podem ser utilizados para satisfazer a obrigação em favor do credor⁵⁰.

Quando o único bem de família é locado a terceiros, nesse caso, o imóvel também será impenhorável se o valor recebido com a locação for utilizado para a subsistência ou para

⁴⁶ LOPES, Jefferson Ursioli. **Aspectos jurídicos sobre o aval e fiança e suas distinções**. Disponível em <https://www.diretonet.com.br/artigos/exibir/7253/Aspectos-juridicos-sobre-aval-e-fianca-e-suas-distincoes>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁷ BRASIL. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

⁴⁸ NORA. Anagley. **Direito processual civil: cumprimento de sentença (quantia certa) – Reforma do CPC – Penhora na Execução Civil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65877/da-penhora-definicoes-e-finalidade/2>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁰ DAL, Suely Leite Viana Van. **Impenhorabilidade do bem de família: o que é e quais as possibilidades**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/impenhorabilidade-do-bem-de-familia/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

a moradia da família. Esse entendimento está concretizado na súmula 486 STJ⁵¹, “é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.

O entendimento sobre o instituto da impenhorabilidade vem sendo flexibilizado pelo STJ, pois no artigo 1º da Lei 8.009/1990 de determina que:

O imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais e filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados⁵².

A súmula 486 do STJ⁵³ ampliou o dispositivo legal da impenhorabilidade ao imóvel alugado a terceiro, desde que se demonstre a utilização da renda obtida para a própria subsistência ou moradia da família.

Isso porque, o entendimento quer proteger a dignidade a moradia do devedor, e o mesmo assemelha-se ao imóvel comercial alugado, pelo mesmo motivo, da renda ser destinada à subsistência e moradia do devedor em outro local⁵⁴.

Diante disso, no próximo tópico será feita análise sobre o alicerce à moradia, do qual é regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da função social da propriedade.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 486**. Disponível em: www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2416/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁵² BRASIL. **Lei 8.009 de 29 de março de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁵³ É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 486**. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2416/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁵⁴ FERRIANI, Adriano. **A súmula 486 do STJ**. <https://www.migalhas.com.br/coluna/civilizalhas/161324/a-sumula-486-do-stj>. Acesso em: 31 mar. 2021.

4 SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Ao se falar sobre a penhorabilidade é importante destacar os princípios que protegem o indivíduo e que são consagrados pela CF/1988. Um deles é o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e vital de cada indivíduo, e está consolidado no artigo 1º, inciso III, da CF/1988⁵⁵.

O direito à moradia foi instituído como preceito para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. No ano de 2000 o direito à moradia foi incluído expressamente na CF/1988 por meio da emenda constitucional n. 26/00.

Convém destacar que mesmo não sendo um direito que estava enunciado de forma expressa, já era suscitado diante da demanda, e visto como necessidade essencial. Com isso, vislumbrou-se o direito à moradia não só como um direito social, mas como um direito personalíssimo, humano e fundamental para a sobrevivência do ser humano.

O artigo 4º, inciso II, da CF/1988⁵⁶ ordena que a República Federativa do Brasil seja regida nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, o qual obriga o Estado a dar profunda atenção ao direito à moradia. Caso contrário estará furtando da sua responsabilidade junto a sociedade brasileira e aos órgãos internacionais, já que se trata de assunto de interesse internacional.

Observa-se, que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado fundamento supremo do Estado

⁵⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...], III - a dignidade da pessoa humana; [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

Democrático de Direito, pois para que cada indivíduo possa ter o mínimo para uma vida digna, e desenvolver suas habilidades, é essencial que disponha de moradia, visto que está ligada diretamente a própria sobrevivência⁵⁷.

Para Alexandre de Moraes o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser conceituado como:

Um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁵⁸.

Segundo Flávia Piovesan, a dignidade da pessoa humana é um super princípio, senão vejamos:

A dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido⁵⁹.

Outro princípio que merece destaque, é o princípio da função social da propriedade. Em 1967, a função social da propriedade surgiu de forma expressa na Constituição⁶⁰, onde no capítulo dos direitos e das garantias individuais, assegurava o direito à propriedade, e no capítulo da ordem econômica e social, o princípio constitucional da função social da propriedade.

⁵⁷ FREITAS, Helder. **Direitos sociais:** direito à moradia. Disponível em: <https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.46-47.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 89.

⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: ww.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao67.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

Neste princípio, aqueles que não exercerem a destinação social devida, pode sofrer a penalidade de desapropriação⁶¹.

Atualmente, na CF/1988, o direito da função social da propriedade é um direito fundamental e necessário para o exercício do direito de propriedade, e no texto constitucional estão agregados:

Art. 5º - [...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII- a propriedade atenderá à sua função social;

[...] ⁶².

Inclusive, outros dispositivos da CF/1988, como por exemplo, os artigos 156, 170, 182, 184, 185, 186, todos referem-se à função social da propriedade, provando a necessidade de observância e importância.

A ideia que existe acerca da propriedade é a sua plenitude, ou seja, o proprietário dispõe do uso, gozo e a disposição do bem, de forma exclusiva e perpétua, exceto quando se tratar de propriedade limitada, que ocorre quando algum desses poderes estão com terceiros, como por exemplo o imóvel hipotecado.

O artigo 5º da CF/1988⁶³ garante o acesso ao direito à propriedade como elemento essencial para a garantia da inviolabilidade à vida, liberdade, igualdade e segurança. Sendo assim, a partir do momento que não é cumprida a função social da propriedade, poderá o Estado intervir, pois o acesso à terra por meio da utilização racional e adequada do imóvel rural, e a utilização apropriada dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, constituem elementos para a concretização da

⁶¹ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil**: direitos reais. 2. ed. rev. e ampl. Caxias do Sul: Educ. p. 88-101. 2016. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/175333/pdf/101?code=M5qkI9ZLoYZUNQK4qVJTr44clP6DAQJ/FvJAwEdGUjINMwYXmJpRUBuLqwCCjv5lyevk4cdLwXFel6Ht5eMb6w==>. Acesso em: 4 mai. 2021.

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁶³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

função social da propriedade⁶⁴ (ADI 2.213-MC, Rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4.4.2002, Plenário, DJ de 23.4.2004)⁶⁵.

Por fim, a noção de função social da propriedade tem o escopo de dar ao objeto da propriedade determinado destino e objetivo, ou seja, a função social é parte integrante do conteúdo da propriedade, e que para o seu exercício, existe a imposição de condições voltadas ao interesse coletivo, onde incumbe ao proprietário direitos e obrigações.

Percebido qual é o intuito do princípio da dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, será possível compreender o entendimento que norteia o assunto sobre a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial.

5 (IM) PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL

No que se refere a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial, é importante mencionar, que tal instituto, vem ganhando espaço nas discussões referente ao assunto perante o Superior Tribunal Federal (STF).

O artigo 82, da Lei 8.245/91⁶⁶ traz em seu texto a garantia da penhora do bem de família na execução de débito recorrente de fiança concedida em contrato de locação, e inclusive, perante a maioria dos Ministros do STF.

Os nobres julgadores sustentavam a ideia que o referido artigo traria benefício ao mercado imobiliário, pois afastaria a necessidade de garantias mais onerosas, como a fiança

⁶⁴ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: direitos reais**. 2. ed. rev. e ampl. Caxias do Sul: Educus. p. 88-101. 2016. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/175333/pdf/101?code=M5qkI9ZLoYZUNQK4qWJTr44ciP6DAQJ/FvJAwEdGUjINMwYXmJpRUBuLq wCCjv5Iyevk4cdLwXFel6Ht5eMb6w==>. Acesso em: 4 mai. 2021.

⁶⁵ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213-0 DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, 4 de abril de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 4 jun. 2021.

⁶⁶ BRASIL. **Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

bancária, sob o argumento de que assim facilitaria o acesso à habitação arrendada.

Porém, este pensamento acabava tornando o afiançado o responsável pelo desenvolvimento habitacional do país, o que na verdade é responsabilidade da Caixa Econômica Federal, e desta forma protegia o mercado imobiliário e não ao cidadão.

Em face aos recursos recebidos relacionados ao assunto, as Turmas do STF entraram em discordância jurisprudencial sobre a (im) penhorabilidade do bem de família do fiador⁶⁷.

Primeiramente, o STF em sessão plenária em 2010, resolveu a questão com a edição do tema 295⁶⁸ em sede de repercussão geral através do julgamento do RE 612.360⁶⁹, que é constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação por conta da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90⁷⁰ (obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação).

Posteriormente, a segunda sessão do STJ em 2014 em julgamento dos recursos repetitivos que originou o Tema 708⁷¹, também declarou seu entendimento sobre a matéria, concordando em dizer que é válida a penhora de bem de família

⁶⁷ Assessoria de Comunicação do IBFAM. Penhora de bem de família de fiador de imóvel comercial será avaliada pelo STF. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Minas Gerais. 15 de março de 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8260/Penhora+de+bem+de+fam%C3%ADlia+de+fiador+de+im%C3%B3vel+comercial+ser%C3%A1+avaliada+pelo+STF>. Acesso em: 12 mai. 2021.

⁶⁸ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Tema 295**. Penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁶⁹ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 612.360**. Recurso extraordinário. Constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. Ratificação da jurisprudência firmada por esta suprema corte. Existência de repercussão geral. Ministra relatora: Elen Gracie, Data de Julgamento: 13/8/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 3/9/2010. Recorrente: Nágela dos Santos Silva e Outro(a/s). Recorrido: Anastase Pandelis Gadzanis. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1721/false>. Acesso em: 24 jul. 2021.

⁷⁰ BRASIL. **Lei 8.009 de 29 de março de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁷¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo 708**. Possibilidade de penhora do bem de família no contrato de locação quando decorrente de fiança locatícia. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&livre=201300114633.REG.%20E%20@DTPB=20141121>. Acesso em: 24 jul. 2021.

pertencente a fiador de contrato de locação, conforme dispõe o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90⁷².

Já no ano seguinte em 2015, o STJ pacificou de vez a questão com a publicação da Súmula 549⁷³, que diz que é fidedigna a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

Em 12/06/2018 a 1ª Turma composta pelos ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Rosa Weber, Roberto Barroso e Dias Toffoli (relator) julgou o RE 605.709⁷⁴ teve como questão originária a possibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

O julgamento resultou em 3x2, a ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, votaram de forma divergente, dos quais defenderam que nos julgamentos relacionados ao Tema 295⁷⁵, não faziam distinção entre o contrato de locação residencial e comercial, e que no contrato de locação comercial, não deveria ocorrer a penhora.

Os ministros Dias Toffoli e Luis Roberto Barroso, entenderam ser constitucional a penhora sob o argumento de não ser cabível tal distinção entre o imóvel residencial e comercial defendida pelos outros ministros.

Sendo assim, ficou decido pela impenhorabilidade de bem de família do fiador em contrato de locação comercial com o intuito de proteger o direito constitucional a moradia. Inclusive, destaca-se que o artigo 3º, VII da Lei 8.009/90, permite a

⁷² BRASIL. **Lei 8.009 de 29 de março de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 549**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27549%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27549%27).sub). Acesso em: 23 jul. 2021.

⁷⁴ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 605.709**. Recurso extraordinário manejado contra acórdão publicado em 31.8.2005. Insubmissão à sistemática da repercussão geral. Premissas distintas das verificadas em precedentes desta suprema corte, que abordaram garantia fidejussória em locação residencial. Caso concreto que envolve dívida decorrente de contrato de locação de imóvel comercial. Penhora de bem de família do fiador. Incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia. Ministro relator: Dias Toffoli. Data de Julgamento: 12/06/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/2/2019. Recorrente: Herminio Cândido e Outros (a/s). Recorrido: Francisco Demi Júnior e Outro (a/s). Relator: Ministra Dia Toffoli, 12 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3793360>. Acesso em: 24 jul. 2021.

⁷⁵ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Tema 295**. Penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>. Acesso em: 24 jun. 2021.

penhora de bem de família de fiador em contrato de locação, mas sem fazer referência aos contratos de locação comercial⁷⁶.

O auge da questão está exatamente no fato da discordância contida nas decisões entre a Primeira e a Segunda Turma do STF, sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador no contrato de locação de imóvel comercial, para pagar fiança de aluguel do locatário. A não uniformidade no entendimento, acabou ocasionando inúmeros processos que questionam a (in) constitucionalidade do tema.

Diante da multiplicidade de recursos similares no STF, o presidente do Supremo pontuou sobre o potencial de impacto em outros casos, dos quais, foram admitidos 146 recursos extraordinários oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo TJSP⁷⁷, que manteve a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial. Porém, a Corte votou contra essa decisão.

Em contrapartida, o TJSP entendeu que a negativa do STF não seria aplicável, no RE 605.709⁷⁸, porque não observou a distinção entre os contratos de locação comercial e residencial.

O recurso apresentado constou que o TJSP não observou a distinção entre contratos de locação residencial e comercial, ou seja, o contrato de locação comercial se referia apenas à iniciativa privada dos agentes contratantes.

⁷⁶ NUNES, Alynne Naiara Ferreira. **A impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial: o RE 605.709 e a acertada mudança de entendimento do STF**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/303333/a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-do-fiador-em-contrato-de-locacao-comercial--o-re-605-709-e-a-acertada-mudanca-de-entendimento-do-stf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal. **STF vai decidir se é possível penhorar bem de família de fiador de imóvel comercial**: A Corte reconheceu a repercussão geral em recurso contra decisão do TJ-SP que manteve a penhora. Brasília. 15 de março de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462241&ori=1>. Acesso em: 12 mai. 2021.

⁷⁸ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 605.709**. Recurso extraordinário manejado contra acórdão publicado em 31.8.2005. Insubmissão à sistemática da repercussão geral. Premissas distintas das verificadas em precedentes desta suprema corte, que abordaram garantia fidejussória em locação residencial. Caso concreto que envolve dívida decorrente de contrato de locação de imóvel comercial. Penhora de bem de família do fiador. Incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia. Ministro relator: Dias Toffoli. Data de Julgamento: 12/06/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/2/2019. Recorrente: Herminio Cândido e Outros (a/s). Recorrido: Francisco Demi Júnior e Outro (a/s). Relator: Ministra Dias Toffoli, 12 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3793360>. Acesso em: 24 jul. 2021.

O relator ministro Luiz Fux manifestou-se sobre o tema dizendo que “competete ao STF interpretar as normas constitucionais garantidoras da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia e da proteção à família na situação concreta.”⁷⁹

Como a decisão foi tomada pela maioria e não por unanimidade, tal assunto é motivo de discussão, pois nota-se, que a maioria que pretende alugar um imóvel, é pessoa de baixa renda que não tem acesso ao imóvel próprio, ao contrário das grandes imobiliárias e especuladores que visam somente o enriquecimento.

Portanto, verifica-se que referente ao julgamento favorável à impenhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação comercial, não tem efeito *erga omnes*⁸⁰, além de ferir os princípios constitucionais sociais e humanitários⁸¹.

A partir dessa divergência de entendimento, a ministra Rosa Weber aplicou o método *Distinguishing*⁸² para afastar a penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação comercial a partir do *Leading Case*⁸³ do Tema 295/STF⁸⁴.

⁷⁹ Assessoria de Comunicação do IBFAM. Penhora de bem de família de fiador de imóvel comercial será avaliada pelo STF. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Minas Gerais. 15 de março de 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8260/Penhora+de+bem+de+fam%C3%ADlia+de+fiador+de+im%C3%B3vel+comercial+ser%C3%A1+avaliada+pelo+STF>. Acesso em: 12 mai. 2021.

⁸⁰ Efeito *Erga omnes* é um termo jurídico em latim que significa que uma norma ou decisão terá efeito vinculante, ou seja, valerá para todos. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/899/Erga-omnes>. Acesso em: 6 mai. 2021.

⁸¹ Assessoria de Comunicação do IBFAM. Penhora de bem de família de fiador de imóvel comercial será avaliada pelo STF. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Minas Gerais. 15 de março de 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8260/Penhora+de+bem+de+fam%C3%ADlia+de+fiador+de+im%C3%B3vel+comercial+ser%C3%A1+avaliada+pelo+STF>. Acesso em: 12 mai. 2021.

⁸² *Distinguishing* - é a prática de não aplicar dado precedente vinculante por se reconhecer que a situação *sub judice* (aquela que se está julgando imediatamente) não se encaixa nos parâmetros de incidência do precedente. Disponível em: <https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/189571757/voce-sabe-o-que-e-distinguishing-e-defiance>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁸³ *Leading Case* – é o caso líder, ou seja, aquele que deve ser seguido pelos outros. A questão gira em torno da repercussão geral, a ser demonstrada pelo recorrente no caso do recurso extraordinário, conforme o art. 102, §3º, da CF/88. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36262/no-julgamento-do-merito-de-repercussao-geral-deliberada-em-recurso-extraordinario-estaria-o-stf-adstrito-ao-leading-case-em-que-houve-a-deliberacao-pela-repercussao-geral>. Acesso em: 11 jun. 2021.

⁸⁴ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Tema 295**. Penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudenciaRepercussao/>

E em 5/3/2021 o STF reconheceu em plenário virtual a existência repercussão geral da questão constitucional suscitada no *Leading Case* RE 1.307.334⁸⁵ – Tema 1127⁸⁶, para discutir à luz dos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), 6º (direito à moradia) e 226 (família como base da sociedade), da CF/88, a possibilidade de penhora de bem de família de fiador dado em garantia de contrato de locação de imóvel comercial, distinguindo-o da locação residencial, afastando o Tema 295⁸⁷ (RE 612.360).

Destarte, é importante mencionar que o afastamento do Tema 295⁸⁸, está pautado na Teoria do *Distinguishing*, que por sua vez ocorre quando o órgão jurisdicional deixa de aplicar o precedente.

Ainda sobre o Tema 1127⁸⁹, a Ministra Cármen Lúcia lembra que “o STF já havia reconhecido a constitucionalidade da penhora de bem de família de fiador em contato de locação no

verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁸⁵ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.307.334.** Recurso extraordinário. Constitucional. Civil. Processual civil. Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Contrato de locação de imóvel comercial. Bem de família do fiador. Penhorabilidade. Tema 295. Re 612.360. Distinguishing. Fiança dada em locação residencial multiplicidade de recursos extraordinários. Dissenso jurisprudencial. Papel uniformizador do supremo tribunal federal. Relevância da questão constitucional. Manutenção pela existência de repercussão geral. (STF-RE: 1307334 SP 2061577-47.2020.8.000, Relator: MINISTRO PRESIDENTE, Data de Julgamento: 4/3/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 9/3/2021). Recorrente: José Fernando Neubern. Recorrido: Renato Gildo Primazzi Junior Assessoria Comercial – EPP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 25 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=6087183>. Acesso em: 11 jun. 2021.

⁸⁶ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Tema 1127.** Penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6087183&numeroProcesso=1307334&classeProcesso=RE&numeroTema=1127>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁸⁷ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Tema 295.** Penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁸⁸ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Tema 295.** Penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁸⁹ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Tema 1127.** Penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6087183&numeroProcesso=1307334&classeProcesso=RE&numeroTema=1127>. Acesso em: 24 jun. 2021.

Tema 295⁹⁰ da repercussão geral, porém não se aplicaria ao processo devido ao caráter comercial da locação”.

Inclusive, conforme julgamento recente, o entendimento da ministra Cármen Lúcia (STF), foi favorável ao fiador, onde defendeu que o bem de família do fiador em contrato de locação comercial não deve ser penhorado. (RE 1.296.835, Rel. min. Cármen Lúcia - SP, julgamento em 25.1.2021)⁹¹.

Sobre a penhorabilidade conforme dispõe no artigo 82, da Lei do inquilinato⁹² pode-se dizer que é controverso, pois a doutrina e a jurisprudência entendem que tal artigo diverge do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, CF), e o direito social à moradia (artigo 6º, CF, EC n. 26/2000)⁹³. Portanto, não seria lógico aceitar que o fiador tenha seu bem de família penhorado, e o locatário, na condição de devedor principal, caso tenha um imóvel, seja impenhorável.

Quanto a isso, Pablo Stolze Gagliano menciona que:

Partindo-se da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador tem a mesma base jurídica – o contrato de locação – *não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário*. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia e *comprar um único imóvel residencial*, este seu bem será *impenhorável*, ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio *bem de família* perante o locador que não foi pago⁹⁴.

⁹⁰ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Tema 295**. Penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁹¹ BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.296.835/SP**. Recurso extraordinário. Constitucional. Direito à moradia. Bem de família. Contrato de locação de imóvel comercial. Fiador. Impenhorabilidade do bem de família. Precedentes. Recurso extraordinário provido. (STF – RE n 1.296.835 SÃO PAULO RELATORA: MIN. CÂRMEN LÚCIA – j. 25 de janeiro de 2021). Recorrente: José Luis Leon e Outros (a/s). Recorrido: Mario Viviani Filho e Outro (a/s). Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 25 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/imovel-fiador-locacao-comercial.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2021.

⁹² BRASIL. **Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁹⁴ STOLZE, Pablo. PAMPLONA Veiga, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**, v. 11. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 412.

Isso porque a lei enuncia que o bem de família não pode ser penhorado, mas em contrapartida, a lei autoriza que o imóvel do fiador pode ser penhorado, denota-se a discordância do mesmo instituto para as duas situações, logo, surge a violação ao Princípio da Isonomia⁹⁵.

Portanto, diante de todo exposto é necessário que se encontre novos meios e outras garantias para que se possa proteger o crédito dos locadores, pois no caso em tela, é existente a divergência entre os nobres julgadores, sobre a (in) admissibilidade do instituto da penhora do bem de família do fiador do imóvel comercial, do qual deve proteger os princípios regidos pela CF/1988, dentre eles, Princípio da Dignidade Humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, denota-se a importância da formação de um entendimento consolidado sobre o tema em questão.

O contrato de locação exige alguma forma de garantia de pagamento ao locador em caso de inadimplência, mas no que se refere a modalidade fiança, não é justo o fiador resolver a dívida do locatário com o seu único bem de família.

A respeito disso, o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990, traz em seu texto que a penhora do bem de família é possível quando for para satisfazer dívida do locatário por meio de fiança concedida em contrato de locação.

A Súmula 549, do STJ, também converge sobre o tema, “é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.

Em contrapartida, a lei é clara e inclusive está sumulado (Súmula 364, do STJ) e cita que o único bem de família do locatário é protegido perante dívidas civis, comerciais, fiscais, previdenciárias ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges

⁹⁵ SIQUEIRA, Carlos. **O bem de família do fiador pode ser penhorado?** Caxias do Sul: EDUCS, 2013. p. 52-63. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/185261/pdf/27?code=uKD2DMEYnTjZv8GpMmuTD6uq9spXJhxCdL/ffxkAXRuFYypy+R3eE9YBoYu05aE2t+a8CSnaJfr4q6x270YxTw==>. Acesso em: 13 abr. 2021.

ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

Portanto, é visto que os entendimentos sobre o assunto “(im) penhorabilidade” são divergentes no que diz respeito a proteção ao bem de família do locatário, e do fiador.

Pois se o princípio da dignidade humana, o princípio da isonomia e o princípio da função social da propriedade regidos pela CF/1988, tem validade para o locatário, porque não há validade para o fiador?

Acesso à moradia é princípio fundamental e serve para todos os cidadãos sem distinção. Por outro lado, é importante destacar que também não é justo o locador ficar sem resguardo no que se refere ao seu direito de receber os aluguéis atrasados.

O tema é complexo e urgente, a decisão precisa ser pacificada, unificada e ajustada à realidade constitucional, para que seja justa tanto para o locatário, quanto ao fiador.

Novas modalidades de garantia precisam ser criadas, de modo que não prejudiquem as partes, e que também não sejam tão onerosas. Isso contribuiria para um melhor desenvolvimento econômico, a realização de novos empreendimentos gerando empregos, o que por consequência transformaria em uma sociedade mais feliz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 mai. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 26/2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1.964.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 5 mai. 2021.

BRASIL. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245compilado.htm. Acesso em: 5 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. **Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 205.** Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2051/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 6 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 486.** Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2416/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 364**. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2239/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213-0 DF**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.296.835/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/imovel-fiador-locacao-comercial.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.307.334**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=6087183>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CARVALHO, Carla; ZAMPIER, Bruno. **Esquematizado OAB**. Vol. único. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 301.

CONSULTOR JURÍDICO. **Recurso Extraordinário**: Bem de família que garante locação comercial é impenhorável, diz STF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-05/imovel-fiador-locacao-comercial-impenhoravel-decide-carmen-lucia>. Acesso em: 15 mai. 2021.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: direitos reais**. 2 ed. rev. e ampl. Caxias do Sul: Educ. 2016. p. 88-101. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/175333/pdf/101?code=M5qkI9ZLoYZUNQK4qWJTr44cIP6DAQJ/FvJAwEdGUjINMwYXmJpRUBuLqwCCjv5lyevk4cdLwXFel6Ht5eMb6w==>. Acesso em: 4 de mai. 2021.

FERRIANI, Adriano. **A súmula 486 do STJ**. <https://www.migalhas.com.br/coluna/civilizalhas/161324/a-sumula-486-do-stj>. Acesso em: 31 mar. 2021.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO Roberto. **Manual de direito civil**, v. único. Bahia: Juspodvm, 2020. p. 1.372-1.373, 1.669.

FIGUEIREDO, Renata da Silva. **Direito de família**. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8512/Bem-de-familia-legal-ou-obrigatorio-Lei-8009-90>. Acesso em: 19 abr. 2021.

FREITAS, Helder. **Direitos sociais: direito à moradia**. Disponível em: <https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GARCIA, Wander, PINHEIRO, Gabriela R. **Manual completo de direito civil**, v. único. São Paulo: Foco, 2014.

LOPES, Jefferson Ursioli. **Aspectos jurídicos sobre o aval e fiança e suas distinções**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7253/Aspectos-juridicos-sobre-aval-e-fianca-e-suas-distincoes>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 81.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Disponível em: https://www.portal.fucap.edu.br/projetos/portal_online/index.php?&tid=0&lid=0&pid=24&sid=4307e9907cb. Acesso em: 29 mar. 2021.

MOESCH, Frederico Fernandes. **Direito das coisas: O princípio da função social da propriedade e sua eficácia**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7645/o-principio-da-funcao-social-da-propriedade-e-sua-eficacia>. Acesso em: 5 mai. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46-47.

NORA. Anagley. **Direito processual civil**: cumprimento de sentença (quantia certa). Reforma do CPC. Penhora na execução civil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65877/da-penhora-definicoes-e-finalidade/2>. Acesso em: 30 mar. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 603.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O que é bem de família e por que ele não pode ser penhorado**. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-e-bem-de-familia-e-por-que-ele-nao-pode-ser-penhorado/#:~:text=Bem%20de%20familia%20é%20a,sofrer%20nenhuma%20forma%20de%20apreensão>. Acesso em: 29 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 89.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4. ed. Salvador: Juspdvm, 2018. p. 147-198.

SANTOS, Camila Buzinaro dos. **A moradia como direito fundamental**. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-moradia-como-direito-fundamental/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

SIQUEIRA, Carlos. **O bem de família do fiador pode ser penhorado?** Caxias do Sul: EDUCS, 2013. p. 25-37. <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/185261/pdf/0?code=yjH/Vs4akIkTK0xaKmOZYgXbQs9SEbShRSdq4oohduNwPJT5ktnSJ3SVA/1ODrYqgkWUYZlmKDXs2FrRc+cFBA==#>. Acesso em: 13 abr. 2021.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA Veiga, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2012



DIREITO
UNIVINTE

O Curso de Direito da FUCAP objetiva de forma geral formar bacharéis que congreguem o saber jurídico tradicional e dogmático com uma formação multidisciplinar e empreendedora, com capacidade para enfrentar os desafios do mundo jurídico contemporâneo, consciente do seu papel como agente de transformação social, na busca constante pela Justiça e pela pacificação dos conflitos.



editora
FUCAP

ISBN: 978-65-87169-24-8



9786587169248