COORDENADORA
GABRIELA CRISTINE BUZZI

DIREITO E JUSTIÇA

NA CONTEMPORANEIDADE

COLETÂNEA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS – DIREITO FESPPR

VOL I

AUTORES PARTICIPANTES

Alexia Brotto Cessetti
Ana Paula Siqueira Neves
Bruna Caroliny Lenkiu
Bruno Gofman
Carlos Eduardo Traven
Carolina de Souza Lopes
Christiane Dickel Ferrari
Cliseldes Kieffer
Constantino Comninos
Douglas Antonio Mikos
Elaine Oshima
Fabiano de Mello Vieira
Fábio Pendiuk
Gabriel Antonio Kotowski
Guilherme Borba Vianna
Gustavo Henrique Sperandio Roxo
Jéssica Jane de Souza
Juliano de Almeida Amantéa
Miriam Cipriani Gomes
Paola Cristina Oliveira Moreira
Rita de Cássia Abdo Nascimento
Thayse Rodrigues Ferreira

Instituto Memória

DIREITO FESP

COORDENADORA
GABRIELA CRISTINE BUZZI

DIREITO E JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE

COLETÂNEA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS – DIREITO FESPPR

VOL I

AUTORES PARTICIPANTES

Alexia Brotto Cessetti
Ana Paula Siqueira Neves
Bruna Caroliny Lenkiu
Bruno Gofman
Carlos Eduardo Traven
Carolina de Souza Lopes
Christiane Dickel Ferrari
Cliseldes Kieffer
Constantino Comninos
Douglas Antonio Mikos
Elaine Oshima
Fabiano de Mello Vieira
Fábio Pendiuk
Gabriel Antonio Kotowski
Guilherme Borba Vianna
Gustavo Henrique Sperandio Roxo
Jéssica Jane de Souza
Juliano de Almeida Amantéa
Miriam Cipriani Gomes
Paola Cristina Oliveira Moreira
Rita de Cássia Abdo Nascimento
Thayse Rodrigues Ferreira

Instituto Memória
DIREITO FESP

Editor: Anthony Leahy Gráfica: Juliano Carvajal
Produção: Barbara Marafigo Jurídico: Jocelino Freitas
Qualidade: Rivaldo Dantas Logística: Volney Pacheco

Revisão final realizada pelos próprios autores

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema *"double blind review"*, garantindo a isenção e imparcialidade do corpo de parecerista e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.

CONSELHO EDITORIAL

Edson Fachin - Reynaldo Soares da Fonseca - Francisco Rezek - Ingo Sarlet - Sidney Guerra - Flávia Piovesan - Valerio Mazzuoli - André de Carvalho Ramos - Wagner Menezes - Felipe Chiarello - Eduardo Arruda Alvim - Nelson Nery Júnior - Ricardo Seitenfus - René Dotti - Luiz Eduardo Gunther - Eduardo Biacchi Gomes - Luis Alexandre Carta Winter - Octavio Fischer - Betina Grupenmacher - Augusto Bonner Cochran III (USA) - Andrea Pitasi (Itália) - Fernando Araujo (Portugal) - Sara Petroccia (Itália)... (no site, relação completa com qualificação)

ISBN: 978-85-5523-400-2

BUZZI, G. C.

Direito e justiça na contemporaneidade Vol I: coletânea de artigos científicos – Direito FESPPR. Coordenadora: Gabriela Cristine Buzzi. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020.
247 p.

1. Direito. 2. Justiça. 3. Sociedade. I. Título.

CDD: 340

APRESENTAÇÃO

Quando pensado o Projeto Pedagógico do Curso de Direito da FESPPR, em 2003, inseriu-se como requisito obrigatório a necessidade de o acadêmico elaborar o Trabalho de Conclusão de Curso – o famigerado TCC – em forma de monografia individual. A justificativa desta escolha se amparou em dois objetivos: a) a necessidade do aluno desenvolver a pesquisa a partir do pensamento crítico; e, b) o imperativo do aluno apresentar e defender sua pesquisa, pois todo operador do direito necessita desenvolver um raciocínio crítico e lógico e manifestar-se da mesma forma.

O curso de Direito da FESPPR teve seu início no ano de 2007 e, em 2011, puderam ser vistos os primeiros resultados das pesquisas realizadas pelos alunos, quando, desde então, sonhava-se em tornar públicas as pesquisas realizadas, mesmo que incipientes. Somente agora, este desejo tornou-se realidade.

Reconhecer o empenho e interesse dos alunos no desenvolvimento da pesquisa é uma forma de torná-los parte do processo participativo-colaborativo almejado pelo curso. Todavia, critérios tiveram que ser estabelecidos, justamente em razão da grande quantidade de trabalhos de relevância que são desenvolvidos no curso, o que, infelizmente, restringiu a publicação, mas que, de forma magnânima, é apresentada ao público.

A excelência no desenvolvimento das pesquisas que seguem deve ser publicada à toda a comunidade acadêmica, com o intuito único de honrar cada aluno que confiou à FESPPR o seu futuro e garantir que todos possam conhecer os frutos colhidos pelos acadêmicos no desenvolvimento do curso.

Tão importantes quanto os alunos são os professores da instituição que confiam no trabalho desenvolvido, na promoção daqueles e no incentivo à pesquisa, pois sem os docentes, nenhuma provocação seria admitida e a pesquisa não teria florescido em tão alto grau. Nosso O agradecimento à todos o corpo docente da instituição.

O Núcleo Docente Estruturante – NDE também é essencial para a concretização deste projeto, tendo em vista que busca a contínua melhoria do projeto pedagógico do curso, tornando práticas e atuais as preocupações sociais que vêm invadindo o cotidiano jurídico.

Ainda, é fundamental agradecer a Diretoria Executiva da instituição, de forma muito especial o Prof. Dr. Gilson Bonato, que deu início ao curso de Direito na FESPP E, de forma continuada, incentiva professores e alunos no desenvolvimento acadêmico.

E, para finalizar, o agradecimento especial, ao Instituto Memória na pessoa do grande amigo Anthony Leahy, sempre auxiliando a instituição nos projetos educacionais e editoriais.

Esta tão especial obra foi pensada durante muito tempo e agora pôde ser concretizada graças a todos aqueles acima indicados. MUITO OBRIGADA!

Assim, é com muita honra que a FESPPR apresenta à comunidade jurídica a produção científica dos alunos que defenderam seus pesquisas nos períodos 2019/2 e 2020/1, desejando que este seja apenas o primeiro livro deste projeto que, espera-se, tenha continuidade por muitos semestres, sempre contando com a participação essencial dos alunos, pois, afinal, sem estes, não seria possível sonhar e realizar.

Gabriela Cristine Buzzi

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Graduada em Direito pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Professora Universitária. Autora de diversos trabalhos na área jurídica, livros e artigos científicos. Advogada e consultora na área cível.

SUMÁRIO

(basta clicar no título)

Capítulo I **RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS PELA EMISSÃO DE PARECERES** 08
Ana Paula Siqueira Neves
Bruno Gofman

Capítulo II **RESPONSABILIDADE CIVIL NA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA** 32
Bruna Caroliny Lenkiu
Jéssica Jane de Souza

Capítulo III **DIREITO E ARTE: UMA PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DA CULTURA ATRAVÉS DOS DIREITOS HUMANOS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL** 52
Carlos Eduardo Traven
Fábio Pendiuk

Capítulo IV **O ESTUDO DO DEPOIMENTO ESPECIAL COMO MÉTODO DE INQUIRIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL** 77
Carolina de Souza Lopes
Fabiano de Mello Vieira

Capítulo V **MULTIPARENTALIDADE E O DIREITO À DUPLA ASCENDÊNCIA** 101
Cliseldes Kieffer
Jéssica Jane de Souza

Capítulo VI ***COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS** 118
Christiane Dickel Ferrari
Gustavo Henrique Sperandio Roxo

Capítulo VII **A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS** 138
Douglas Antonio Mikos
Miriam Cipriani Gomes

Capítulo VIII **PENSAMENTO CRÍTICO DO DIREITO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA CRÍTICA PACHUKANIANA** 162
Gabriel Antonio Kotowski
Fábio Pendiuk

Capítulo IX **REVISÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS FICTAS: PRINCIPAIS ASPECTOS DE APLICABILIDADE** 178
Juliano de Almeida Amantéa
Constantino Comninos

Capítulo X **ADOÇÃO HOMOAFETIVA: PRECONCEITOS X MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA** 198
Paola Cristina Oliveira Moreira
Alexia Brotto Cessetti

Capítulo XI **O USO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA COMO ALTERNATIVA DA PRISÃO CIVIL** 213
Rita de Cássia Abdo Nascimento
Elaine Oshima

Capítulo XII **O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUAS INCORREÇÕES ESTRUTURAIS: IMPACTOS NA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL** 226
Thayse Rodrigues Ferreira
Guilherme Borba Vianna

Capítulo I

RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS PELA EMISSÃO DE PARECERES

Ana Paula Siqueira Neves*

Bruno Gofman**

1 INTRODUÇÃO

Ao prever as regras constitucionais sobre as regras da Advocacia Pública, os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988 dispõem, dentro das atribuições dos advogados públicos, o exercício da Consultoria Jurídica, manifestada por meio da emissão de pareceres técnicos jurídicos, cuja finalidade é orientar a atuação dos gestores públicos.

Depois de muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, atualmente é pacífico o posicionamento no qual existem três espécies de pareceres jurídicos (facultativo, consultivo e vinculante), sendo que estes podem ser objeto de emissão tanto por procuradores quanto por advogados públicos.

Embora exista uma percepção de criar uma relativa imunidade ao advogado público em matéria de consultoria jurídica, os advogados públicos poderão ser responsabilizados não só em virtude da emissão de pareceres vinculantes, como também quando configurados os elementos dolo, culpa ou erro “grosseiro” na sua atuação, assim como ocorre com os demais agentes públicos. Por essa razão, o principal objetivo da pesquisa é demonstrar quais os requisitos necessários para a

* Graduada em Direito e Administração pela FESP. Especialista em Gestão de Compras e Serviços pela UNINTER. Especialista em Direito Empresarial Contemporâneo pela UNIBR. Advogada. Contato: apsiqueira.adv@gmail.com

** Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pelo UNICURITIBA. Professor e Advogado. Contato: bruno@edgarguimaraes.com.br

responsabilização dos advogados públicos em função dos pareceres por eles lavrados.

2 A FUNÇÃO DO ADVOGADO

O profissional da advocacia assume um papel decisivo ao desempenhar e colaborar para o estabelecimento da democracia e, com isso, uma sociedade mais justa e fraterna.

É o profissional que defende o Direito, com uma função indispensável da justiça social: zelar pela ordem, pelo bom cumprimento da lei, por uma sociedade justa, democrática, e sempre em busca constante do conhecimento para orientar, ajudar e defender os direitos daqueles que não possuem aptidão técnica para efetuar a resolução de seus conflitos, compadecendo-se diante das injustiças, buscando reverter a situação, fazendo de seu ofício um verdadeiro desafio, uma missão.

Hermann Assis Baeta (2016, p. 295) utiliza a seguinte expressão: “[...] o advogado é, antes de tudo, um cidadão que não fica à margem, acima ou abaixo da conceituação destinada ao ser político”.

Com isto, pode-se dizer que o advogado no exercício de sua profissão deve agir com honestidade, dignidade, ética, boa-fé para a solução dos conflitos da pessoa lesada, usando da aplicação da justiça e tomando como base os fundamentos constitucionais que se constituem no direito de defesa, bem como no contraditório e, ainda, no devido processo legal. O artigo 5.º, inciso XIII da Constituição Federal, abarca o livre exercício da profissão.

Levando-se em consideração o contido no artigo 5.º, inciso XIII, da Constituição Federal, Bahia (2017, p. 138) salienta que resta assegurada a plena liberdade do exercício profissional, mas, para tanto, deve ser observado se o regramento infraconstitucional não estabelece requisitos para a sua implementação, tal como ocorre com a exigência de prévia aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício da advocacia.

Além do mais, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 133, consagrou o advogado como sendo uma figura que se mostra

indispensável à administração da justiça, *in verbis*: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Sobre o tema, Paulo e Alexandrino (2008, p. 684) ensinam que o princípio da indispensabilidade do advogado traz em seu bojo a competente exigência do profissional estar devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, viabilizando, assim, a postulação em juízo. Não se pode olvidar da garantia da imunidade do profissional, mais precisamente em relação aos atos e manifestações que sejam praticados no exercício da profissão, devendo ser observadas, em todas as situações, as limitações constantes na legislação.

É reconhecida a atividade do advogado como uma função essencial à justiça, ao Poder Judiciário, ao Estado Democrático de Direito, capaz de representar judicialmente, extrajudicialmente ou até administrativamente aqueles que não possuem um profundo conhecimento jurídico e que tiveram uma lesão ou ameaça de lesão ao seu direito, provocando o juízo para a resolução do conflito em questão.

Além do mais, é importante apontar, desde logo, que a conduta ética que recai sobre os profissionais da área da advocacia se encontra regulamentada no âmbito do Código de Ética e Disciplina da OAB e, de acordo com Nalini (2009, p. 360), trata-se de um documento de singular importância, eis que através dele são delimitados os respectivos deveres que orbitam na esfera dos Operadores do Direito.

O artigo 2.º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil reforça a ideia da importância do profissional, contemplando a questão da indispensabilidade do advogado no âmbito da administração da Justiça, conforme anteriormente preceituado pela Carta Constitucional. Diante do que dispõe o artigo 2.º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, o Nalini (2009, p. 363) preceitua de maneira breve que aquele que opta por exercer a advocacia deve ser probo, manifestando-se como uma condição essencial para a figura do advogado. Aliado a isso, a sua atuação deve estar calcada na defesa dos interesses jurídicos do cliente que o constituiu.

Nesse passo, consoante entendimento de Nunes (2018, n.p.), verifica-se que “[...] a independência e a inviolabilidade conferida aos advogados foi positivada para

preservar a essencialidade da justiça, os cidadãos e todas as normas e princípios correlatos, precipuamente o Estado Democrático de Direito".

Dentro deste enfoque, Soares Neto (2017, n.p.) assegura que o Estatuto do Advogado e da OAB traz em seu bojo diversos atributos que devem reger a atuação do profissional da área da advocacia, como, por exemplo, a lealdade, a ética, assim como a boa-fé, de modo que o bem-estar social possa ser eficazmente alcançado.

2.1 PRERROGATIVAS X DEVERES

As prerrogativas que os advogados fazem jus são delimitadas na Lei n.° 8.906/94, notadamente nos artigos 6.º e 7.º e, em apertada síntese, podem ser compreendidas como sendo um rol de garantias fundamentais que tem o escopo de assegurar que a defesa do cidadão seja efetuada de maneira ampla. É de crucial importância que o profissional conheça as suas prerrogativas, viabilizando, assim, que as suas atividades sejam exercidas com autonomia e de maneira independente.

Dentro deste enfoque, o artigo 6.º, da Lei 8.906, de 1994, prevê de maneira expressa que não há o que se falar em qualquer tipo de subordinação, tampouco de hierarquia entre os advogados, bem como em relação aos demais membros inerentes à concretização da justiça, como, por exemplo, os magistrados e o Ministério Público. Nos termos do parágrafo único, o advogado deve ser tratado sempre com dignidade.

Para Nunes (2018, n.p.), não há que se falar em hierarquia, considerando que todas essas instituições constitucionais foram criadas com o escopo de salvaguardar os direitos da população e, diante disso, faz-se necessário que essa atuação seja efetuada dentro do mesmo patamar hierárquico, pois, diante da essencialidade de cada uma, não pode haver qualquer tipo de subordinação no contexto fático.

Por sua vez, o artigo 7.º, da Lei 8.906, de 1994, traz em seu bojo um rol amplo dos direitos que são atribuídos aos advogados, como, por exemplo, o exercício da profissão de maneira livre, a inviolabilidade do local de trabalho, o estabelecimento da comunicação pessoal com o cliente, além da necessidade da presença de um representante da Ordem dos Advogados do Brasil na hipótese de um advogado ser preso em flagrante.

Nesse particular, Castro (2010, p. 41/42) assevera que os direitos constantes no artigo 7.º, da Lei 8.906, de 1994, visam proteger a independência profissional do advogado, que, em apertada síntese, compreende-se como o fato de o Operador do Direito, após ser devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, não necessite de qualquer tipo de autorização para exercer a sua atividade. O advogado tem imunidade para sua livre expressão e exercício de sua profissão, conforme artigo 7.º, § 2.º do Estatuto da OAB.

Segundo o Estatuto da OAB, o advogado não pode responder por injúria ou difamação no exercício de sua atividade, mas poderá ser responsabilizado disciplinarmente pelo excesso. Enquanto isso, poderá sofrer penalização no caso de calúnia e desacato, quando a imunidade estará afastada. Os advogados suspensos ou licenciados também não possuem imunidade enquanto perdurar essa condição. Importante registrar que essa imunidade é penal e, portanto, não serve para processos disciplinares ou civis.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 1127-8), considerou a expressão desacato como sendo inconstitucional, sob a justificativa de que o magistrado não tem imunidade no que possa a vir a proferir em audiência, o que poderia ocasionar uma desigualdade no andamento dos atos processuais e pudesse piorar o ambiente de uma audiência judicial, que precisa ser de harmonia e busca na solução do conflito.

Nesse sentido, Nunes (2018, n.p.) chama atenção para a liberdade no exercício de suas atividades, pois, caso houve uma restrição no âmbito das situações concretas, a defesa do cidadão restaria fragilizada.

Em relação aos deveres que recaem sobre os advogados, estes se encontram inseridos no parágrafo único, do artigo 2.º, do Código de Ética e Disciplina da OAB, contemplando, por exemplo, o fato de atuar de maneira honesta, estimular a conciliação entre os litigantes, além de não promover o entendimento direto com a parte contrária sem antes comunicar o cliente.

Segundo sustenta Soares Neto (2017, n.p.), os deveres instituídos no parágrafo único manifestam-se de maneira consonante com a previsão contida no *caput*, do artigo 2.º, que, basicamente, contempla a questão da indispensabilidade do advogado.

Na esteira dos ensinamentos trazidos por Bemfica (1992, p. 366), além do conteúdo descrito de modo expresso na norma, resta evidente o real dever do advogado perante a sociedade, eis que a sua atuação deve ser alavancada em benefício coletivo e também na prevenção dos males sociais, os quais muitas vezes são desencadeados em virtude da desordem jurídica e constitucional.

Diante disso, Sodré (1991, p. 56) enfatiza que a grande missão do advogado é atuar com vistas a promover a ordem na sociedade, sendo uma figura de grande relevância para efetuar o esclarecimento de algumas temáticas por intermédio do Poder Judiciário, o que viabiliza a manutenção da paz social, além de promover a restauração dos direitos que foram objeto de violação.

3 A FUNÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO

O advogado público se enquadra como uma das funções essenciais da justiça pela Constituição Federal. Mas, o diploma não criou categoria profissional específica, nem estabeleceu garantias, vedações ou remeteu a uma lei complementar a incumbência de organizar a carreira, tal como ocorreu com o Ministério Público (artigo 128, §5.º).

O ingresso se faz através aprovação mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. Após três anos de exercício efetivo, adquirem estabilidade e são organizados em carreira. De acordo com Paulo e Alexandrino (2008, p. 683): “Aos procuradores dos estados e do Distrito Federal é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias”.

Os advogados públicos defendem os interesses públicos em juízo (judicialmente ou extrajudicialmente), seja como autor nos casos de execuções fiscais, cobrança de débitos, ou então na condição de réu, consoante asseverado por Moraes (2015, p. 665). A advocacia como gênero inclui os advogados privados que atuam para pessoas de direito privado (particulares e empresas privadas) e advogados públicos que atuam para pessoas de direito público por intermédio de procuradorias

(Estados e do Distrito Federal, Municípios, Autarquias), AGU - Advocacia Geral da União e a PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (União). Além desses, as empresas públicas e as sociedades de economia mista contam com advogados próprios. Existem outras exceções como o BACEN – Banco Central do Brasil que, por ser uma autarquia especial, possui procurador próprio.

A Lei 8.906, de 1994 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, no seu artigo 3.º, § 1.º, define que os advogados públicos exercem atividade de advocacia e estão sujeitos a um duplo regime: o do próprio Estatuto e o funcional próprio, da carreira a que subordinam. Antes de serem advogados públicos são, portanto, advogados privados.

Diante disso, tomando-se como base o conteúdo inserto no artigo 3.º, parágrafo 1.º, da Lei 8.906, de 1994, verifica-se de maneira clara que os advogados públicos restam devidamente submetidos ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. No aspecto que toca a função do advogado público enquanto servidor público, vale delimitar que a figura do servidor público se constitui como sendo todos aqueles agentes que exercem de modo permanente determinada função pública, que, por sua vez, decorre da relação de trabalho. Aqui, os profissionais integram o quadro funcional da entidade na qual se encontra vinculado, como, por exemplo, as pessoas federativas, conforme ensina Carvalho Filho (2016, p. 757).

Para Di Pietro (2017, p. 734), “São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”.

De acordo com Mazza (2016, p. 813), para atuar no quadro de servidores estatutários se faz necessário que o indivíduo preste concurso público, cuja ocupação no cargo público se instituirá através de vínculo estatutário não contratual. Após o cumprimento do estágio probatório, o servidor público adquirirá a competente estabilidade.

Especialmente em relação ao advogado público, Carvalho Filho (2016, p. 760) aponta que é contemplado como sendo um servidor público especial, eis que as funções executadas são de especial relevância dentro do contexto do Estado. Nesse

passo, encontra-se sujeito a um regime jurídico diversificado, qual seja, o estatutário, sendo desmembrado por meio de um diploma normativo dotado de especificidade.

3.1 A POSTULAÇÃO A ÓRGÃO DO PODER JUDICIÁRIO E AOS JUIZADOS ESPECIAIS

Quando o assunto consiste na postulação perante o Poder Judiciário, Di Pietro (2016, n.p.) assegura a importância do advogado público, considerando que os entes políticos não possuem legitimidade para aforar a competente demanda judicial.

De acordo com o entendimento de Nalini (2009, p. 382), "[...] quando o Estado comparece a juízo, desveste-se de sua soberania para subordinar-se às regras por ele mesmo editadas, garantindo a paridade de armas, contida na cláusula do contraditório".

Para Di Pietro (2016, n.p.), o advogado público é contemplado no rol das funções essenciais à justiça pelo fato de que subsiste a obrigatoriedade de as controvérsias serem apresentadas ao crivo do Poder Judiciário por intermédio de um advogado. Constitui-se como sendo uma figura inerente que irá atuar como intermediador da parte e do magistrado.

Mais precisamente quando se trata da atuação do advogado público no âmbito dos Juizados Especiais, Moraes (2015, p. 665) explana, tomando como base o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, que a atuação do aludido profissional pode ser objeto de dispensa em relação a alguns atos judiciais.

Apenas a título de esclarecimento, Di Pietro (2016, n.p.) salienta que o advogado público é a figura competente para realizar a representação dos entes políticos no âmbito judicial e extrajudicial. Além disso realiza as atividades de consultoria e assessoria, conforme será apontado no tópico a seguir.

3.2 ATIVIDADE DE CONSULTORIA, ASSESSORIA E DIREÇÃO JURÍDICAS

Inicialmente, é importante dispor que mais especificamente quando se trata da atuação da Advocacia-Geral da União, as funções exercidas encontram íntima correlação à proteção dos interesses constitucionais que se destinam às pessoas jurídicas de direito público, conforme ensina Cardoso (2018, p. 61).

As funções da advocacia pública incluem as funções de consultoria, de contencioso e direção jurídica. Segundo Nalini (2009, p. 382), “A consultoria jurídica é essencial para aconselhamento das autoridades estatais previamente às suas deliberações”.

Na consultoria, o advogado público presta o assessoramento às atividades públicas, indicando quais são os princípios legais e auxiliando no cumprimento da lei pelos atos públicos. Na função de contencioso, a advocacia pública representa de modo judicial ou extrajudicial uma entidade pública, um órgão, e defende todos os interesses daquele órgão representado, conforme Paulo e Alexandrino (2008, p. 683).

Acerca das funções de consultoria e assessoramento, Cardoso (2018, p. 61) assevera que:

> No exercício destas funções os advogados públicos orientam a realização dos fins estatais e a conformação jurídica das políticas públicas e, ainda, exercem uma importante função de controle da atividade administrativa. As manifestações nos processos administrativos podem recomendar a não implementação de políticas governamentais, a anulação e a revisão dos atos administrativos, bem como podem combater os desvios de conduta com a recomendação da aplicação de sanção aos responsáveis por atos lesivos e do ajuizamento de ações de reposição ao erário.

Segundo entendimento de Maciel (2019, p. 59), a atividade de consultoria se consubstancia como sendo uma atuação que resta instituída de maneira preventiva no âmbito da advocacia pública, visando, assim, observar se os atos provenientes do Estado se encontram adequados aos ditames estabelecidos na regra constitucional, bem como na norma infraconstitucional.

De maneira diversa ocorre com a atividade do assessoramento, na medida em que compreende “[...] uma atuação concomitante e ancilar do Advogado de Estado

em face do gestor, de modo a auxiliá-lo mais proximamente quando da tomada de decisões que produzam efeitos jurídicos [...]", nos termos de Maciel (2019, p. 60). É possível vislumbrar que quando se trata do assessoramento subsiste a mera orientação do agente público sobre algum assunto que foi submetido a sua análise.

Quanto à atividade de direção jurídica, esta também se consubstancia como sendo inerente ao advogado público, pois, de acordo com Araújo (2006, n.p.), tal função se estabelece de maneira privativa ao referido profissional e, não pode ser exercida por outra pessoa que não possua a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, irá atuar na órbita da direção jurídica a partir do momento em que se visualizar que o ente possui algum departamento próprio que vise discutir questões jurídicas que envolvam a pessoa competente.

3.3 ELABORAÇÃO DE PARECERES JURÍDICOS

Este tópico abordará a elaboração de pareceres jurídicos, especificamente sobre os pareceres facultativo, obrigatório e vinculado.

A respeito do parecer facultativo, Di Pietro (2015, n.p.) destaca que não há qualquer vinculação da autoridade competente quanto ao conteúdo descrito pelo advogado público. Portanto, prescinde de obrigatoriedade o fato de a decisão estar respaldada no parecer facultativo.

Segundo Mello (1979, p. 575), "O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou". Entretanto, a partir do momento em que serve como parâmetro para a fundamentação da decisão, dela fará parte pelo fato de perfazer a própria motivação do ato.

Por sua vez, a consulta obrigatória prescinde que a autoridade competente pratique o ato da forma como foi submetida à consultoria, de maneira que na hipótese de discordância poderá submeter o caso a um novo parecer, tal como defende Di Pietro (2015, n.p.).

Sobre o tema, o Mello (1979, p. 575) manifesta-se no sentido de que o parecer se consubstanciará como obrigatório a partir do momento em que se verificar que há um regramento jurídico vigente e que exige a sua confecção como pressuposto para

a realização do ato final. Diante disso, a obrigatoriedade reside no fato de apenas ser solicitado o respectivo parecer, não se estabelecendo, aqui, o caráter vinculante.

No que se refere ao parecer vinculado, cabe aqui apontar que a partir do momento em que se visualiza uma legislação que disponha de maneira específica a respeito do tema, no sentido de implementar a obrigação da decisão ser emitida nos contornos constantes no parecer vinculante, não há o que se falar na mera opinião emitida pelo advogado público, já que a decisão deverá ser constituída nos exatos termos do parecer, segundo Di Pietro (2015, n.p.).

Sob essa perspectiva, Mello (1979, p. 575) sinaliza que o parecer será tido como vinculante a partir do momento em que se constata, não apenas a obrigação da Administração Pública em proceder com a sua solicitação, mas também pelo fato de o órgão ser obrigado a aderir com a conclusão ali exposta.

4 A RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS PELA EMISSÃO DE PARECERES

4.1 POSICIONAMENTO PELA IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO

Inicialmente, vale aqui registrar que alguns doutrinadores endossam o entendimento segundo o qual não se mostra admissível que recaia sobre o advogado público a responsabilização em virtude de pareceres por ele lavrado, especialmente quando for desenvolvida uma tese considerada como aceitável.

Conforme apontam Costa e Gofman (2018, p. 8), subsiste corrente no sentido de inadmitir qualquer possibilidade de incidir a responsabilidade pelo advogado público, pois, aqui, além do parecer jurídico ser eminentemente opinativo, o profissional também se encontra acobertado pela imunidade constante na Carta Constitucional de 1988.

Portanto, “[...] a divergência de interpretação normativa nunca poderá ser motivo para responsabilização de quem quer que seja. Mas cumpre ao assessor

jurídico assinalar à autoridade pública os possíveis caminhos existentes [...]", nos termos de Xavier e Xavier (2014, n.p.).

Dentro deste enfoque, Xavier e Xavier (2014, n.p.) explanam que há muito tempo vinha subsistindo o entendimento no sentido de que o parecer jurídico se consubstancia em uma peça apenas opinativa, razão pela qual não poderia acarretar a responsabilidade do parecerista considerando não trazer em seu bojo qualquer conteúdo decisório.

Plutarco (2018, n.p.) também traz ensinamentos sobre a matéria, desmembrando que a partir do momento em que se visualiza apenas a emissão de uma opinião jurídica, que não vincula a Administração Pública, não se mostra possível que haja a responsabilização do advogado público, pois o administrador não se encontrava adstrito ao documento.

Moreira Neto (2009, p. 18) não concorda com a responsabilidade dos advogados públicos nem quando se trata de consulta vinculante, sob pena de colocar em risco a própria sobrevivência da advocacia do Estado:

> Vale dizer que na hipótese da consulta vinculante, aquela em que a Lei obriga o agente administrativo a seguir a orientação jurídica do Parecer, entender-se-ia que o Advogado de Estado que o emitisse estaria agindo como co-administrador público, podendo ser, portanto, responsabilizado como tal, solidariamente com o agente gestor prolator da decisão.
> Novamente com a devida vênia do Excelso Pretório, essas decisões repetem os mesmos equívocos em que incidiu o Tribunal de Contas da União ao ressuscitar a perigosa tese da co-responsabilidade dos Advogados Públicos – e, ainda, com a máxima vênia, é de se qualificar como extremamente perigosa para a sobrevivência de uma Advocacia de Estado independente e altaneira - que é esta que se vem progredindo e aperfeiçoando em suas funções desde o novo status que lhe foi conferido pela Carta Política de 1988. E isso porque decisões que não façam o necessário discrímen entre funções de gestão pública e de advocacia pública concorrem para debilitar essa elevada conquista do Estado Democrático de Direito, ora em pleno desenvolvimento de suas potencialidades em defesa d a cidadania, pois esta é, afinal, tônica e finalidade última de todas as espécies instituídas de funções essenciais à justiça.

Isso porque, consoante sintetiza Moreira Neto (2009, p. 20), obviamente, o parecer vinculante será incorporado na decisão emanada do agente administrativo. Entretanto, deve-se lembrar que a vinculação irá ocorrer apenas em razão da eficácia

própria de sua natureza e, diante disso, tal se estabelece em razão de uma opinião jurídica que serve como autorização a prática de algum ato de gestão.

Moreira Neto (2009, p. 20) agrega que "O Parecer jurídico não vai a ponto de recomendar nem, muito menos, de obrigar a prática de ato administrativo decisório, porque a vinculação, tal como na letra da lei se encontra, refere-se (*ipsis litteris*) a uma aprovação".

Entretanto, em que pese esses posicionamentos, vige a ideia que o advogado público pode ser responsabilizado ante a emissão de pareceres (Xavier e Xavier 2014, n.p.).

4.2 POSICIONAMENTO PELA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO AMPLA

Em relação à possibilidade de ser reconhecida a responsabilidade ampla em razão da emissão de pareceres jurídicos, cumpre destacar que, de acordo com Xavier e Xavier (2014, n.p.), tomando como base o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é possível a partir do momento em que se verifica a ingerência de um parecer vinculante, já que a decisão deverá tomar como base, obrigatoriamente, os termos constantes no aludido documento.

Diante disso, Xavier e Xavier (2014, n.p.) explanam que a partir do momento em que se visualizar a incidência de dano ocasionado em virtude de um parecer vinculante, é plenamente possível que subsista a configuração da responsabilidade do advogado, pelo fato deste documento trazer em seu bojo conteúdo decisório, que deve ser obrigatoriamente acatado pela autoridade administrativa.

Esse mesmo posicionamento é abordado por Plutarco (2018, n.p.), a partir do Julgamento do MS 24.631-6. Nesse sentido, "[...] se um ato cuja validade dependa de manifestação jurídica provocar dano ao erário, haveria uma exceção à consagrada regra da imunidade no exercício profissional da advocacia [...]" e, diante disso, plenamente possível que haja a responsabilidade do procurador que emitiu o parecer jurídico.

Todavia, Xavier e Xavier (2014, n.p.) chamam atenção para a possibilidade desta tese ser afastada a partir do momento em que for constatado que o advogado público emitiu o seu parecer considerando a doutrina e a jurisprudência pátria.

4.3 POSICIONAMENTO PELA RESPONSABILIZAÇÃO DESDE QUE CONFIGURADO DOLO OU ERRO GROSSEIRO

Especialmente quando se trata da função desempenhada pelos Operadores do Direito, Di Pietro (2015, n.p.) sinaliza de maneira clara que se trata de uma atividade peculiar, ainda mais quando diz respeito à elaboração de pareceres jurídicos, já que a interpretação dos regramentos jurídicos poderá implicar em divergências de entendimento.

Entretanto, devem ser afastadas as interpretações diferenciadas das hipóteses de dolo ou erro grave, visto que, nos termos de Xavier e Xavier (2014, n.p.), nestas situações é plenamente plausível o reconhecimento da responsabilidade do parecerista.

O mesmo entendimento é evidenciado por Barreto (2017, p. 72), para quem, a partir do momento em que se visualizar a confecção de um parecer consultivo, apenas se mostrará possível a configuração da responsabilidade do procurador quando se observar que este agiu de maneira dolosa, ou, ainda, em razão de erro grosseiro e inescusável.

Nesse sentido, Di Pietro (2015, n.p.) é clara ao dispor que a responsabilidade do parecerista "[...] depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. De outro modo, faltará aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções [...]".

Observa-se, aqui, que o caso em apreço consiste em manifesta responsabilidade subjetiva e, segundo Barreto (2017, p. 72), faz-se necessário que alguns requisitos sejam preenchidos para a imputação de responsabilidade ao profissional, quais sejam: o fato do agente empregar uma conduta omissiva ou comissiva, o estabelecimento da culpa, o dano ao erário público e, ainda, o nexo de causalidade.

Ainda, Di Pietro (2015, n.p.) salienta a importância de o parecer encontrar guarida em doutrinas e/ou jurisprudências, pois, diante de tal circunstância, torna-se manifestamente dificultoso responsabilizar o advogado que emitiu o parecer com base nos aludidos entendimentos. Independentemente disso, em todas as hipóteses deve ser analisada cada situação concreta de maneira singular, verificando, assim, se houve dolo ou erro grosseiro.

Nesse particular, como forma de viabilizar o afastamento da responsabilidade do advogado público, em especial sobre a configuração de dolo ou erro grosseiro, Di Pietro (2015, n.p.) alerta para a necessidade de os profissionais confeccionarem o parecer sempre embasado na lei, na doutrina, bem como na jurisprudência pátria.

Efetuando-se à análise jurisprudencial a respeito do tema, cumpre aqui registrar o entendimento manifestado no Agravo de Instrumento 40025502720188240000 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, devidamente publicado em 19 de março de 2019:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/92. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR POR EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO. ATO MERAMENTE OPINATIVO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ERRO GROSSEIRO OU DOLO. GARANTIA DE IMUNIDADE DO ADVOGADO. INVIOLABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO (ART. 133 DA CF/88 E ART. 2º, § 3º, DO EOAB). REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "a inviolabilidade do parecerista deve ser regra, razão pela qual, para que seja admitida a ação civil pública de improbidade administrativa contra ele, impõe-se a presença de indícios suficientes de que o parecer tenha sido emitido com dolo ou culpa grave" (REsp 145640/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15.10.15).

Dentro deste enfoque, o que se verifica é o esforço da parte em fazer com que seja reconhecida a responsabilidade do procurador em virtude da emissão de parecer jurídico. Entretanto, isso não se mostrou possível dentro da situação concreta, pois, inicialmente, reconheceu-se sua natureza opinativa, além de inexistir na situação concreta qualquer indício que demonstrasse dolo ou erro grosseiro.

Para tanto, fundamentou o posicionamento nos termos do Recurso Especial 145640/ES, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que se manifestou, de maneira clara, no sentido de que apenas é possível o reconhecimento da responsabilidade do parecerista a partir do momento em que se visualizar que este agiu com dolo ou culpa grave.

Ainda, é oportuno mencionar o Agravo de Instrumento 00450373120128190000, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 09 de junho de 2015:

> Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Suposto direcionamento de licitação. Alegação de ofensa às normas de Direito administrativo e lesão ao erário. Decisão que recebe a inicial. Procurador do Município. Parecer. Responsabilidade. Inviolabilidade do advogado por suas manifestações e opiniões jurídicas, no exercício do ofício. Prerrogativas da profissão. Carência absoluta de prova indiciária do dolo. 1. Funda-se a ação civil pública em dois pareceres, um anterior e outro posterior à licitação e adjudicação de seu objeto, dos quais apenas um é admitido como verdadeiro pelo agravante, que comprovou, mediante encomenda de laudo grafotécnico jamais impugnado, a falsidade da assinatura aposta ao segundo parecer, que indicou a aprovação das contas prestadas pela empresa contratada do Município. 2. Assegurando o nosso ordenamento a liberdade de atuação do advogado (art. 7º, inc. I, da Lei nº 8.906/94), e mais ainda, a sua inviolabilidade pelos atos e manifestações de pensamento no exercício da profissão (art. 2º, § 3º, do mesmo diploma, c/c o art. 133 da Constituição Federal), logo se vê que a lavratura de parecer jurídico, por si só, não é suficiente para embasar a ação de improbidade administrativa contra o Procurador público, ainda que possa conter opinião manifestamente equivocada do ponto de vista técnico. O parecer jurídico é ato de opinamento por excelência, ao qual o administrador não está vinculado, e para o qual deve o subscritor gozar, em toda a plenitude, das prerrogativas asseguradas pelos arts. 2º, § 3º, e 7º, I, do Estatuto da Advocacia, e pelo art. 133 da Carta Magna.

Diante disso, nesta situação concreta também foi requerida a responsabilização do advogado público quanto ao parecer que foi confeccionado, mas, de acordo com o entendimento proveniente do julgador, tem-se que o parecer jurídico se consubstancia em um ato opinativo e, diante disso, prescinde que haja obrigatoriedade na sua utilização por parte do administrador. Além do mais, o julgador destacou que não foi demonstrado nos autos qualquer elemento robusto apto a demonstrar que o parecerista agiu de maneira dolosa.

Por fim, é importante mencionar importante decisão do Supremo Tribunal Federal exarada pelo Ministro Gilmar Mendes, de acordo com Rodas (2019, n.p.). Em

apertada síntese, houve a concessão de liminar com a finalidade de suspender ação penal que foi promovida em face de uma procuradora do Estado de Santa Catarina, pelo fato de ter emitido parecer favorável no âmbito de um procedimento licitatório.

De acordo com Rodas (2019, n.p.), “Em abril de 2010, uma procuradora do município de Imaruí deu aval jurídico à concorrência para compra de máquinas para o Executivo”. Em razão disso, a advogada pública foi denunciada pelo Ministério Público sob o fundamento de que houve fraude à licitação, nos termos do artigo 90, da Lei 8.666, de 1993.

Nesse sentido, com o objetivo de promover o trancamento da ação penal, a seccional de Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou *Habeas Corpus*, mas, tanto o Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto o Superior Tribunal de Justiça, manifestaram-se no sentido de negar o pedido, de acordo com Rodas (2019, n.p.).

Posteriormente, o remédio constitucional foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que a conduta da advogada pública se constitui como sendo atípica, especialmente pelo fato de ser inviolável pelas opiniões emitidas no parecer, conforme Rodas (2019, n.p.):

> O Conselho Federal da OAB, por meio de Fernando Augusto Fernandes, procurador nacional de Defesa das Prerrogativas, e a OAB-SC, representada por pelo procurador estadual de Defesa das Prerrogativas, Aulus Eduardo Teixeira de Souza, impetraram então HC ao Supremo.
> Na ação constitucional, as entidades alegaram que a conduta da procuradora municipal era atípica. Elas citaram decisão da ministra Laurita Vaz, do STJ, que considerou que o advogado é inviolável por opiniões emitidas em parecer, como assegura o artigo 133 da Constituição.
> Afinal, a emissão de parecer jurídico é ato privativo da advocacia e prerrogativa funcional da classe, argumentou a OAB. “Por certo, o advogado que emite parecer técnico no exercício do cargo não comete crime algum, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar às custas do estado, utilizando-se desse trabalho."

Ao analisar a tese apresentada nos autos de *Habeas Corpus*, Rodas (2019, n.p.) relata que Gilmar Mendes entendeu ser necessário conceder a liminar até o momento final do julgamento.

Além do mais, veja-se que a Lei 13.655, de 2018, foi promulgada com o escopo de inserir no Decreto-Lei 4.657, de 1942, conhecido como Lei de Introdução às

Normas de Direito Brasileiro (LINDB), artigos que normatizam a aplicação das normas no âmbito do direito público.

O artigo 28, da Lei 13.655, de 2018, dispõe que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. O dispositivo componente da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assevera que nenhum gestor público será penalizado por suas decisões ou pareceres sem que fique evidenciado no processo de responsabilização o seu dolo ou o cometimento de erro grosseiro.

Significa dizer que para que seja possível a responsabilização de qualquer agente público, categoria na qual se incluem os advogados públicos, é imprescindível que se comprove que a decisão tida como irregular estava maculada pelo elemento subjetivo do dolo ou configurava um erro grosseiro, isto é, um erro inescusável.

Ademais, o Decreto Federal nº 9.830/2019 ainda dispôs expressamente no § 2º do seu art. 12 que o agente público só poderá ser responsabilizado se ficar demonstrado, nos autos de processo de responsabilização, a situação ou circunstância fática que caracterize o dolo ou o erro grosseiro do agente, vejamos: “§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro”.

Depreende-se que a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.655/18, que introduziu o artigo 28 no corpo de normas da LINDB, a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas só poderá se concretizar caso fique demonstrado, pelas circunstâncias fáticas, que tenha agido com dolo ou cometido um erro grosseiro.

Louback (2018, n.p.) ensina que o escopo da norma em apreço é proporcionar maior segurança ao agente público, incluindo o advogado público, especialmente no tocante ao desempenho de suas funções. Diante disso, levando-se em consideração o conteúdo descrito no dispositivo, o agente apenas responderá pela emissão de pareceres quando agir com dolo ou culpa.

Portanto, conforme Costa e Gofman (2018, p. 15), o entendimento consolidado é no sentido de que o profissional apenas poderá sofrer com a responsabilização a

partir do momento em que se verificar o preenchimento de alguns requisitos, como, por exemplo, a má fé, a culpa grave e, ainda, a questão do erro inescusável.

Diante disso, cumpre aqui estudar como fica a interpretação do parecerista em razão da promulgação da Lei 13.655, de 2018, já que a norma é clara ao contemplar a sua responsabilidade nas hipóteses em que se verificar dolo ou erro grosseiro por parte do advogado público. Especialmente quando se trata da hipótese de dolo no âmbito da confecção dos pareceres jurídicos, Di Pietro (2015, n.p.) traz um exemplo importante em que essa situação pode ser constatada, tal como a hipótese na qual o administrador pressiona o órgão jurídico com o propósito de elaborar o parecer da forma pretendida, viabilizando, assim, que um ato administrativo ilegal tenha aparência de legal.

Nesse particular, acerca do elemento doloso nesta situação, Xavier e Xavier (2014, n.p.) sintetizam que não cabe o julgamento acerca da motivação do parecer, mas sim a intenção deliberada do advogado público em efetivamente promover a confecção de um documento que possa ser prejudicial a terceiros.

Sob esse enfoque, Barreto (2017, p. 74/75) ensina que:

> No tocante ao dolo, deve ficar efetivamente comprovada a má-fé do advogado parecerista, a vontade deliberada, dirigida para causar o dano ao erário por meio do parecer, que se torna o instrumento permissivo da realização do ato ímprobo. Trata-se, evidentemente, de elemento subjetivo de difícil comprovação, que somente pode ser apurado mediante prova testemunhal, quebra de sigilos, etc. e, mesmo assim, de raríssima configuração.

Diante deste cenário, conforme bem evidenciado por Barreto (2017, p. 74/75), observa-se de maneira clara que apenas poderá ser reconhecida a presença do dolo quando se visualizar a comprovação da má fé advinda do advogado que confeccionou o parecer, com a finalidade precípua de ocasionar dano ao erário.

A questão do erro grosseiro também dá azo à configuração da responsabilidade do parecerista, mas, indiscutivelmente, alguns requisitos devem ser observados no âmago da situação fática. Comportando-se a hipótese de erro grosseiro, Xavier e Xavier (2014, n.p.) ensinam que “[...] é necessário que se analise a responsabilidade

e a existência do nexo de causalidade entre os embasamentos de um parecer não plausível, omisso ou tendencioso, e a possibilidade de ocorrência do dano".

Para reforçar esses novos parâmetros legais da responsabilização dos agentes públicos, o Governo Federal expediu em julho do corrente ano o Decreto Federal nº 9.830/2019, o qual especificou em seu artigo 12 o conteúdo jurídico do termo "erro grosseiro" previsto no artigo 28 da LINDB:

> Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.
> § 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse passo, é oportuno registrar que o erro que deu origem a um dano ao erário, deverá ter sido praticado, na situação concreta, de maneira grosseira, de modo que o profissional considerado como médio não o cometeria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante foi demonstrado no decorrer do presente estudo, o Operador do Direito, mais precisamente a figura do advogado, é de fundamental importância para a sociedade, eis que é por meio dela que a parte pode promover em juízo a defesa dos seus direitos, nos termos da Constituição Federal e do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Intimamente vinculado ao tema em apreço, foi desenvolvido o estudo a respeito do advogado público, cujo ingresso no âmbito da administração irá ocorrer por meio da aprovação em concurso público de provas e títulos. Observe que após três anos de efetivo exercício o profissional irá adquirir a competente estabilidade. Sob esse prisma, é importante relatar que os advogados públicos atuam com a finalidade de defender em juízo ou fora dele à defesa dos interesses públicos. Além disso, não se pode olvidar que o aludido advogado também exerce a atividade de consultoria, assessoria e direção jurídica.

Assim sendo, não há dúvidas de que os advogados públicos são figuras indispensáveis para a representação e defesa dos interesses públicos e, diante das diversas funções exercidas, deve ser explanada a questão da elaboração de pareceres. Diante disso, em um primeiro momento deve ser ressaltada a elaboração do parecer facultativo, que, basicamente, pode ser compreendido como sendo aquele no qual a Administração Pública pode optar ou não pela sua confecção. Nesses termos, não há o que se falar em qualquer tipo de vinculação do órgão que solicitou com as informações apostas no documento.

Quanto ao parecer obrigatório, resta assim configurado a partir do momento em que subsistir um regramento jurídico que delimite a sua implementação dentro da situação concreta, consubstanciando-se em verdadeiro pressuposto para a concretização do ato público. Mas, ainda que subsista tal obrigatoriedade, não há o que se falar no caráter vinculante e, diante disso, o administrador público não é obrigado a acatar o conteúdo inserto no parecer.

Além disso, tem-se o parecer vinculado, sendo que a opinião explanada pelo advogado público deverá ser obrigatoriamente acatada pelo gestor público.

Considerando tal particularidade, muito se discute acerca da responsabilidade do advogado público em relação à emissão dos pareceres. A corrente que entende pela impossibilidade da responsabilização sustenta a ideia no sentido de que o conteúdo descrito no parecer possui cunho opinativo, não obrigando o administrador público a acatar os seus termos, sem se esquecer que o advogado é detentor da imunidade constante na Carta de 1988.

Há quem entenda que o advogado público responde de maneira ampla pela elaboração dos pareceres. Toma-se como fundamento, aqui, a questão de que o parecer irá compor a decisão do gestor público de maneira obrigatória. Assim, o dano sofrido pelo erário atua como verdadeira exceção quanto à regra da imunidade constante no diploma constitucional de 1988. Entretanto, o entendimento que vem prevalecendo e encontra guarida na Lei 13.655, de 2018 é no sentido de que é possível a responsabilização do advogado público em razão de seus pareceres, desde que demonstrado que houve o cometimento de ato doloso ou erro grosseiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávilla. **Privatividade das atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8369/privatividade-das-atividades-de-consultoria-assessoria-e-direcao-juridicas>. Acesso em: 02 set. 2019.

BAETA, Hermann Assis. Participação Política do advogado Trabalho. *In:* **Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados do Brasil**, 2016.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Pernambuco: Armador, 2017.

BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. **A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC**: análise crítica. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/revista_2017/AresponsabilizacaodoparceristaCPC.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

BEMFICA, Francisco Vani. O juiz. **O promotor. O advogado. Seus poderes e deveres**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/saoluizdoparaitinga/institucional/legislacao-basica/codigo-de-etica-e-disciplina-da-oab>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9830-de-10-de-junho-de-2019-162429039>. Acesso em: 22 out. 2019.

CARDOSO, Deiser Mara Rezende. **Advocacia-Geral da União e a sua Atuação no Âmbito da Justiça Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Carlos Fernando Correa de. **Ética Profissional e o Exercício da Advocacia**. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Ilton Garcia da; GOFMAN, Bruno; KNOERR, Fernando Gustavo. A constituição e a responsabilidade do advogado por pareceres jurídicos nas contratações públicas. *In*: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos (org). **Coleção CONBRADEC 2018: Desafios para a concreção constitucional**, v. 1, 1 ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. **Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____.**Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LOUBACK, Isabela Barbosa. **Inclusão de novos artigos à lei de introdução às normas do direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI281881,91041-Inclusao+de+novos+artigos+a+lei+de+introducao+as+normas+do+direito>. Acesso em: 18 set. 2019.

MACIEL, Jone Fagner Rafael. **Representação Judicial de Agentes Públicos pela Advocacia de Estado**. Curitiba: Juruá, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado do Estado. *In*: ORDACGY, André da Silva; PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José (orgs). **Advocacia de estado e defensoria pública**: funções públicas essenciais à justiça. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Allan Titonelli. **As prerrogativas do advogado são garantias ao cidadão**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-05/allan-titonelli-prerrogativas-advogado-sao-garantias-cidadao>. Acesso em: 27 ago. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PLUTARCO, Hugo Mendes. **A responsabilização do advogado público na emissão de pareceres técnico-jurídicos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/hugo-plutarco-responsabilizacao-advogado-publico-pareceres>. Acesso em: 18 set. 2019.

RODAS, Sérgio. **Gilmar Mendes suspende ação contra procuradora por parecer favorável a licitação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-16/gilmar-suspende-acao-procuradora-aval-licitacao>. Acesso em: 22 out. 2019.

SOARES NETO, Paulo Byron Oliveira. **Comentários acerca dos deveres do advogado dispostos no Código de Ética e Disciplina da OAB art. 2º**. Disponível em: <https://paulobyron.jusbrasil.com.br/artigos/509593715/comentarios-acerca-dos-deveres-do-advogado-dispostos-no-codigo-de-etica-e-disciplina-da-oab-art-2>. Acesso em: 27 ago. 2019.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1127**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1597992>. Acesso em: 02 set. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Agravo de Instrumento 40025502720188240000, 2.ª Câmara de Direito Público, 19 de março de 2019**. Disponível em: < https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do;jsessionid=100D89A9C21BE8D736D97AB3D4D59CCD.cposgtj2?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=4002550-27.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=4002550-27.2018.8.24.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha_202299d3a0004de98a42baad597bd875&g-recaptcha-response=03AOLTBLTFP5M9YIsnRlMpgkRbKHATQ5aL3ocZNVjykUVsxNDjYbgs26pG-

Ow4GFRHoYdEZfKxDPSCwd46aT76vBKLJ9VZaGQl6H9eCTuOLBTPDEilQZvqZPrFflKDy5aaZ7Dceng3KHMnUexUAqH_5TyInPwr0dP3zAVD36nt4AGdIVfdMFpcxqIK1xGFEKJ9BUDFvkajx_BbXOQboPJhmc7li8Ul-0khspevxKMkP3H14nhnQTB8mcsowaMAnEVVWxMjxORcEsh5fZL5xxKtJTYejbslB6vYagzMXlfwBQWODL-24s4s0b_B-j18douJ3jcseiioiKtuFnJU95uD3aJu3cc9TWzIeejL_ZPS321efbWKTaZwNxwM3uTJXd0vu5Im1FDtrYlRzq6ZrTa2R3b3hGpI_akH-RAEj3Zf4yfDGtKfzmyY4BZ3P-zAK1l3ILRbNdRFZPTrH7B91ckaRcatX6XSyZEz865rTKhBgX2byNm-7HraN0W5NT4WBPDCoVhPHQhJAZbji5T8i_6rmQTRMXFLivTgfo8OVAXZm4vC848CAMjZMvzHKL6tyMxRf2Ur_GJBxhiV>. Acesso em: 10 set. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Agravo de Instrumento 00450373120128190000, 19.ª Câmara Cível, 3 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042BF92725C800C44F586F2A1842E065C1C50406585834&USER=>. Acesso em: 10 set. 2019.

XAVIER, Gabriela Costa; XAVIER, Camila Costa. **Responsabilização do advogado público pela emissão de parecer jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/responsabilizacao-do-advogado-publico-pela-emissao-de-parecer-juridico/>. Acesso em: 02 set. 2019.

Capítulo II

RESPONSABILIDADE CIVIL NA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Bruna Caroliny Lenkiu*

Jéssica Jane De Souza**

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente o adotante na hipótese da desistência da adoção durante o estágio de convivência.

Esse tema suscita discussão devido ao fato de divergência jurisprudencial e pouca abordagem pela doutrina pátria. O instituto da adoção é crucial para que o Estado cumpra seu dever constitucional de proteção integral das crianças e adolescentes, sendo a família uma instituição basilar para esse feito.

A pesquisa inicialmente abordará os principais aspectos legais que regulam o instituto da adoção, por meio do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, considerado um dos diplomas mais completos com referência à proteção das crianças e adolescentes.

* Acadêmica do Curso de Direito da pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). E-mail: bruna.lenkiu39@gmail.com

** Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Daniel Ferreira. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). Advogada.
E-mail: jessicasouza.ctba@gmail.com

Na sequência o estudo analisará a configuração da responsabilidade civil, partindo da análise dos conceitos apresentados em doutrina específica sobre o tema, com intuído de realizar a subsunção do fato da desistência da adoção durante o estágio de convivência aos conceitos abordados.

Por fim, será realizada análise de dados importantes para a pesquisa, no sentido de sustentar o fundamento da necessidade de se responsabilizar aquele que desiste da adoção durante o estágio de convivência e não mede os danos psicológicos causados ao adotando. Trata-se de análise jurimétrica realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), publicada no ano de 2014 para verificar o tempo de tramitação dos processos de adoção e outros procedimentos a ele relacionados que podem de certa forma influenciar na desistência do processo de adoção.

2 ASPECTOS LEGAIS DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção atualmente é regulada pelo ECA, com alterações dadas pela Lei n.º 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção) e mais recentemente pela Lei n.º 13.509/2017, com vistas a agilizar e aperfeiçoar o referido instituto, alvo de críticas devido à morosidade e burocracia.

Uma relevante modificação promovida pela Lei Nacional da Adoção é o conceito de família extensa, que considera os vínculos de afinidade e afetividade, representando o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, visto não só importar os laços de consanguinidade quando da necessidade de coloca-los em família substituta.

Outra alteração considerável, é a criação de cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção (art. 50, parágrafo 5°, ECA). Esse cadastro contém informações das crianças e adolescentes aptos a adoção e dos pretendentes, com intuito precípuo de agilizar os processos, dando mais efetividade, buscando unificar os dados referentes a esse instituto, auxiliando os Juízes das Varas da Infância e Juventude.

As disposições do Código Civil de 2002, aplicáveis ainda para a adoção dos adolescentes com mais de 18 anos, apresentam à necessidade de acionar o Poder

Judiciário para concretização da medida, não podendo ser consumada por procuração.

De acordo com o que preceitua o parágrafo 10°, art. 47 do ECA, o prazo máximo para conclusão da ação de adoção é de 120 dias, podendo ser prorrogada uma única vez, por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Esses processos tramitam nas Varas de Família (quando envolver maior de 18 anos) e Varas da Infância e Juventude (menores de 18 anos) e possuem prioridade em relação aos demais, visto a importância de se concluir de forma mais célere possível.

A respeito dos requisitos para adotar, estão aptos os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil e sexo, quanto as restrições, não podem o tutor ou curador, adotar o tutelado ou curatelado, enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance (art. 44 do ECA) e mais, os ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, parágrafo 1° do ECA). Ainda, a diferença de idade entre adotante e adotando, deve ser de no mínimo, 16 anos (art. 42, parágrafo 3° do ECA), isso porque, se assemelha com a diferença de uma prole biológica.

O conceito de poder familiar é importante quando da análise do instituto da adoção, pois muitas crianças e adolescentes são disponibilizadas para o fim adotivo, após os pais serem destituídos de tal poder, podendo ser definido como o exercício da autoridade parental, importante esta menção, conforme ensinamentos de Brunno Pandori Giancoli (2016) tal instituto passou por mutações, sendo que hoje se traduz em um poder-função ou direito-dever, porquanto deixou de ser uma prerrogativa do pai para se afirmar como a fixação jurídica do interesse dos filhos.

Dessa forma tal poder é exercido por ambos os pais, sendo que seu descumprimento enseja nas hipóteses para destituição do poder familiar previstas no art. 1.638 do Código Civil de 2002, dentre elas está elencado: deixar o filho em abandono, castigá-lo imoderadamente, entrega-lo de forma irregular a terceiros para fins de adoção, dentre outras possibilidades.

Antes da Constituição Federal de 1988, responsável por estabelecer a igualdade de gênero, a denominação adequada era pátrio poder, remetendo a um poder exercido somente pelo pai, como chefe da sociedade conjugal.

O ECA determina a necessidade de estágio de convivência em período anterior a efetiva adoção, pelo prazo máximo de 90 dias, conforme art. 46, podendo ser prorrogado por igual período mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. O estágio poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a convivência da constituição do vínculo (art. 46, parágrafo 1°, ECA).

Após o término do estágio de convivência, a equipe interprofissional, apresentará laudo fundamentado que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária (art. 46, parágrafo 3° A, ECA). No caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, a referida etapa deverá ser cumprida em território nacional, por no mínimo, 30 dias.

É obrigatória à atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses da criança e adolescente, sob pena de nulidade do feito, de acordo com o art. 202 do ECA. O vínculo de adoção será constituído por sentença judicial, inscrita no registro civil mediante mandado (art. 47, ECA). Em regra, a sentença gera efeitos somente a partir do trânsito em julgado, com exceção da adoção *post mortem*, que seus efeitos retroagem à data do óbito, quando o adotante, após inequívoca manifestação da vontade, vier a falecer no curso do procedimento (art. 42, parágrafo 6° do ECA).

Como a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, desligando qualquer vínculo com pais e parentes biológicos (art. 41, ECA), ocorre a transferência do poder familiar aos adotantes.

Há também efeitos nos direitos sucessórios, em que o filho por adoção concorre igualmente com os filhos biológicos, conforme art. 41, parágrafo 2°, ECA: “É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária” (BRASIL, 1990).

A adoção é irrevogável (art. 39, parágrafo 1° do ECA) e o adotando tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 anos (art. 48 do ECA).

O deferimento da medida levará em conta a supremacia do princípio do melhor interesse da criança, conforme art. 43 do ECA: “A adoção será deferida quando

apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos" (BRASIL, 1990).

O ECA ainda estabelece alguns prazos importantes: 120 dias para conclusão da ação de adoção, prorrogável por uma única vez por igual período (art. 47, parágrafo 10°); 48 horas para a autoridade judiciária providenciar a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e de pessoas ou casais que tiverem deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional; 120 dias para conclusão da ação de destituição do poder familiar.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

A responsabilidade civil está tão incutida nas relações sociais como uma premissa de ao praticar todo e qualquer ato, ou nossa própria omissão, pode gerar uma possível reparação na esfera cível à pessoa a quem causamos um dano.

A definição de responsabilidade civil é uma importante construção doutrinária. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2016): "A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último".

Compreende assim, a responsabilidade civil sendo uma faculdade, que possibilita a pessoa ofendida, o exercício ou não, tendo como pressuposto uma ofensa na esfera material ou imaterial.

Acerca da principal classificação da responsabilidade civil, qual seja, subjetiva e objetiva (em razão da culpa), Fábio Ulhoa Coelho (2016) faz uma distinção concisa da classificação supracitada:

> São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva. Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato *ilícito* e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos *lícitos*, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva.

A espécie subjetiva se tornou insuficiente como o expoente principal das indústrias e seus aperfeiçoamentos técnicos e a exploração de diversas atividades (como a extração de minérios), quando da sua prática ofertam grandes riscos ao operário/empregado, e até mesmo à sociedade, encontrando dificuldades de provar o dolo ou culpa dos empregadores no caso concreto, necessitando assim da aplicação da responsabilidade civil objetiva.

A espécie objetiva pode ser entendida como o ônus de se praticar uma atividade com ganho expressivo na esfera patrimonial se contrapondo ao risco de exercê-la, principalmente concernente as atividades ambientais, mas não se aplica só nesse caso, também é utilizada como um mecanismo de proteção nas relações de consumo, consagrada no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 1990). Tal modalidade está regulada no artigo 927 do Código Civil de 2002.

Marcelo Oliveira Câmara (2018, p. 17), faz referência ao mencionado artigo, ao defini-lo como principal expoente da responsabilidade civil objetiva, sendo uma cláusula geral, ou seja, a responsabilidade civil só será objetiva por determinação legal ou quando a atividade normalmente desenvolvida implicar risco.

Importante é compreender o surgimento da responsabilidade civil relacionado à evolução das interações sociais, abandonando um histórico de reparação utilizando-se da violência (Lei de Talião), compensando-se economicamente, não mais constituindo pena/castigo e sim tendo como âmago o princípio da reparação.

Para ser possível responsabilizar outrem civilmente são necessários alguns pressupostos, sendo eles: a conduta do agente; o dolo ou culpa; o dano e o nexo de causalidade. O ordenamento jurídico pátrio, especificamente no Código Civil (BRASIL, 2002), define ato ilícito como “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”.

Indispensável destacar a configuração de ato ilícito quando o titular de um direito, ao exercê-lo, não observa os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, Código Civil de 2002), denominado como abuso de um direito.

Com essa breve explicação, se faz necessária à análise do primeiro pressuposto para responsabilização: a conduta do agente. A conduta não

necessariamente é uma ação, chamada de ato comissivo, ela pode ser também uma omissão. Mas, nem sempre quem cometeu a ação ou se absteve dela será responsabilizado, as exceções estão previstas no art. 932 do Código Civil de 2002.

A conduta do agente deve ser necessariamente voluntária e consciente. Em última instância, a imputação de responsabilidade ao culpado pelo evento danoso fundamenta-se na noção da vontade como fonte da obrigação. A ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita ou mesmo a intenção de causar dano correspondem à conduta diversa da juridicamente exigível. A exigibilidade de conduta diversa pressupõe pelo menos duas alternativas abertas à vontade (consciente ou inconsciente) do sujeito passivo. Se o devedor agiu como não deveria, o fez por ato de vontade (COELHO, 2016).

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser produzida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco (GONÇALVES, 2017).

A culpa e o dolo não se confundem, sendo a culpa consciência da ação, agindo de forma descuidada e dolo consciência de ao agir de determinada maneira, é certo seu fim danoso.

Podemos extrair dessa definição a forma diferente de como a culpa e o dolo são interpretados de acordo com a espécie de responsabilidade civil: objetiva ou subjetiva.

Tão importante quanto aos elementos já estudados, é o dano, pois de acordo com Paulo Roberto Gonçalves (2017): “Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido”.

Com isso, mesmo o agente agindo de forma contrária ao prescrito em lei, sem danos não é viável cogitar a reparação, pois não houve diminuição alguma na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, se contrário fosse constituiria enriquecimento ilícito, sendo isto expressamente vedado pelo ordenamento pátrio.

Os danos podem ser classificados como moral e material. Para Paulo Nader (2016) os danos materiais são passíveis de reparação tanto os emergentes, que desfalcam o patrimônio, quanto os lucros cessantes, ou seja, aqueles que se deixou de ganhar. A perda de chance, real e concreta, configura a última hipótese.

A respeito do ao dano moral o mencionado autor entende ser na prática quando alguém atenta contra os direitos da personalidade, como o nome, a honra, a liberdade, a integridade física, a imagem, a intimidade.

O direito ao dano moral, está positivado na Constituição Federal de 1988, tem como pressuposto o abalo à esfera psicológica do ofendido, de complexa quantificação e mais, possui duas funções primordiais: a reparação pelo dano causado e uma medida visando abstenção do autor e demais cidadãos da prática determinado ato.

O último pressuposto para caracterização da responsabilidade civil é o denominado nexo de causalidade, compreendido como o vínculo entre a conduta do agente e seu resultado. Brunno Pandori Giancoli (2016) explica ser:

> [...] um vínculo, uma ligação ou relação da causa e seu efeito da conduta e do resultado, diretamente ou como sua consequência previsível. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato ou ato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato ou ato não tivesse acontecido.

O nexo de causalidade decorre de uma lei natural, não possui uma definição legal é semelhante a lógica matemática: se x então y. Não é possível imputar a alguém uma obrigação de indenizar, se não há relação entre a conduta deste com resultado danoso, importante mencionar a existência de hipóteses nas quais ocorre o rompimento do nexo causal.

Os conceitos trazidos até então na presente pesquisa, já podem ser considerados suficientes para viabilizar a análise da responsabilidade civil na desistência da adoção durante o estágio de convivência. Ressalta-se o pouco comento sobre o referido assunto na doutrina.

O estágio de convivência se presta a uma medida para avaliar compatibilidade entre o adotando e adotante. O desconhecido por muitas pessoas pretensas a adotar,

é a complexidade dessa etapa, requerendo compreensão, pois a adoção prescinde, muitas vezes, de um abandono.

Apesar da desistência da adoção durante o estágio de convivência não constituir ato ilícito, se tornando irrevogável a medida somente após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, resta claro ser passível de causar danos psicológicos à criança e adolescente.

Sobre o tema explica o autor Guilherme Carneiro de Rezende (2014, p. 94) que a:

> [...]desistência de uma adoção, iniciado o estágio de convivência, é ato que indubitavelmente causa prejuízos nefastos ao adotando, que alimenta em si a esperança de que o ato será levado a cabo. A criança/ adolescente, com a sua pureza, inocência e tranquilidade, não pode esperar algo diverso, sobretudo tendo um histórico de conflitos por conta de uma paternidade absolutamente irresponsável. Não seria capaz de exercer uma reserva mental acerca de seus sentimentos.

Isso se deve ao fato de muitos adotantes, idealizarem a figura do filho perfeito, de uma relação sem qualquer dificuldade, não acontecendo nem com a prole biológica. O processo da adoção muitas vezes é moroso e burocrático, como exposto de forma breve no primeiro capítulo do presente trabalho.

De acordo com Maria Berenice Dias (2017): “Muitas vezes os novos pais não estão preparados para a testagem que os adotados os submetem, pelo medo de serem novamente rejeitadas.” Conforme estudado nos tópicos anteriores do presente capítulo, para ser possível imputar a responsabilização civil é necessário existir conduta, dolo ou culpa, nexo causal e comprovação do dano.

No âmbito da adoção, parece clara a identificação de tais elementos, quando o adotante sem justificativa plausível, desiste de concretizar a adoção durante o estágio de convivência, conduta capaz de causar danos psicológicos irreparáveis para a criança ou adolescente.

Tal hipótese se adequa perfeitamente à responsabilidade civil por abuso de direito, prevista no art. 187 do Código Civil de 2002, já mencionado anteriormente. Nesse viés leciona o autor Guilherme Carneiro de Rezende (2014, p. 94):

> Ainda que não se admita a ocorrência de "abandono afetivo" por ausência de laços afetivos entre adotante e adotando (o que se admite apenas para argumentar!), é certo que a famigerada conduta causa abalos no adotando, que ultrapassam o mero dissabor ou aborrecimento, merecendo a devida reparação. Nesta remota hipótese, o aresto acima colacionado serve de reforço retórico à necessidade de se proporcionar ao jovem o retorno ao status quo ante, ou ao menos, minimizar os trágicos efeitos desta "rejeição.

Muitos operadores do direito ainda são resistentes a essa ideia, simplesmente por ser uma possibilidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente não sendo assim contrária a lei, mas o próprio termo “devolução” nos parece pejorativo, pois a criança não constitui uma mercadoria, uma vez apresentando um defeito, se opta por devolve-la a um abrigo, fazendo-a questionar “por quê?”

A adoção deve ser regida, dentro outros princípios, pelo do melhor interesse da criança e do adolescente e princípio da proteção integral da criança, positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente. A pretensão adotiva deve ser vista com mais seriedade e ser analisada de maneira reversa: qual dos lados é mais frágil nessa relação?

Importante destacar a “penalidade” prevista no ECA, incluída recentemente, em 2017, pela Lei 13. 509, que dispõe em seu art. 197 E, parágrafo 5°, nestes termos:

> A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente.

Mesmo com todas essas previsões o fato é da continuidade da sua ocorrência, sendo qualquer a sua motivação, há o preenchimento dos pressupostos da responsabilização civil: ato ilícito (amolda-se a hipótese de abuso de direito), conduta do agente (necessário aferir no caso em discussão), dano (na esfera moral da criança e adolescente) e nexo de causalidade (o dano psicológico tem relação direta a “devolução” do adotando).

4 ANÁLISE DE DADOS RELACIONADOS À ADOÇÃO

Para construção do presente tópico foi necessário realizar coleta de dados do site da ABJ, sendo está uma entidade sem fins lucrativos, formada por pesquisadores da área do Direito e Matemática, disposta a investigar e incentivar a aplicação da estatística e da probabilidade no estudo do Direito e suas instituições.

A ABJ realizou um estudo denominado o "TEMPO DOS PROCESSOS RELACIONADOS À ADOÇÃO NO BRASIL – UMA ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO", finalizado em agosto de 2014, tratando de uma análise estatística dos dados disponibilizados pelo Poder Judiciário, para verificar a relação entre o tempo de tramitação do processo e a idade de disponibilização das crianças e adolescentes no Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

Primeiramente, a análise dos dados coletados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013, demonstram a porcentagem de somente 7,3% dos pretendentes à adoção aceitariam crianças com idade superior a 5 anos, atualmente o número de pretendentes que estão dispostos a adotar crianças acima de 6 anos de idade é de aproximadamente 17% (CNJ, atualizado em 03/05/2020), analisando sob a ótica reversa, a maioria massiva dos pretensos pais (83%) aceitam crianças até a idade referida anteriormente.

Um ponto de extrema relevância desse estudo diz respeito a discrepância entre a idade das crianças disponíveis no CNA e idade pretendida pelos adotantes, por exemplo, 14,8% dos pretendentes aceitam crianças de 0 anos e apenas 0,5% das crianças disponíveis tem essa idade se contrapondo ao dado de 0,1% dos pretendentes aceitam crianças de 15 anos e 11,5% das crianças disponíveis possuem essa idade. Chega-se à conclusão de apenas 28,3% das crianças disponíveis no CNA estariam aptas a serem conectadas com os pretendentes.

Ainda quanto à idade da disponibilização no CNA, cerca de 85% das crianças são colocadas para adoção quando estão com mais de 5 anos. Essa disponibilização se deve a muitos fatores, não só o abandono, como o óbito dos genitores.

Indaga-se se esse reflexo se deve ao processo de adoção em si ou aqueles a ele relacionados. Os resultados dessa pesquisa utilizam a base de dados do CNA, do

Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA) e dos Tribunais de Justiça brasileiros, além de informações preenchidas pelos pesquisadores da ABJ, pelos entrevistados especialistas e o formulário de classificação processual.

O corte temporal da pesquisa é de 01/01/2007 a 30/11/2013.Os Tribunais participantes são: Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP); Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG); Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ); Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC); Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS); Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT); Tribunal de Justiça do Pará (TJPA); e Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

A primeira incorrência analisada é a duração do processo de adoção no Brasil: nota-se a variabilidade do Sul e em Belém-PA, os tempos medianos são superiores a 3 anos, se opondo aos observados na região do Nordeste: 90% apresentam tempos inferiores a 400 dias.

Se tratando da duração dos processos de medidas protetivas ou destituição do poder familiar na região norte o tempo médio é de 1.561 dias. No Sudeste o tempo mediano é superior a 3 anos. Quantidade excedente ao previsto no ECA, refletindo na idade de disponibilização dessa criança no CNA.

Relacionando-se diretamente ao exposto acima, foi feita a análise do tempo de citação dos pais biológicos (na pesquisa assume-se sendo este o tempo até a data da realização da primeira audiência). No Nordeste esse tempo é de 126 dias, no Sudeste sobe para 214 dias e no Sul 338 dias, chegando a quase 1 ano.

Quanto ao tempo despendido no processo de habilitação para adoção o Nordeste e o Sudeste apresentam processos com menor tempo, enquanto a região Sul e Centro-Oeste possui o maior tempo médio: 1539 e 1439 dias, respectivamente.

A última categoria de processos analisados são os de Guarda e Tutela, com a região Nordeste e Norte apresentando menor tempo e a região Centro-Oeste chegando ao resultado alarmante de 946 dias.

A segunda etapa da pesquisa faz referência a atuação do Juiz e Equipe Interprofissional, sendo mensurados através de questionários construídos pela ABJ, se prestando a avaliação dos abrigos, dos Conselhos Tutelares, do CNA, entre outros,

além de recomendações de aperfeiçoamento. Foram entrevistados 36 profissionais, destes: 10 assistentes sociais; 10 juízes; 8 psicólogos; e 8 promotores.

Percebe-se uma grande preocupação se tratando do processo de destituição do poder familiar e foi oferecido um tópico próprio para ele. Para os participantes desse estudo, a fase mais lesiva no processo é a citação, sendo assinalada 21 vezes. Em seguida, com mais assinalações, está o trabalho da equipe interprofissional, sendo esta justificada pela grande demanda, falta de profissionais e por requerer cuidado e profundez. Critica-se nesse tópico a Defensoria Pública pelo excesso de recorribilidade.

Como o processo supracitado interfere diretamente no da adoção, sendo muitas vezes precedido deste, um dos grandes obstáculos é a citação. Então questionou-se se melhorias relacionadas a esse ato, diminuiria o tempo do processo de destituição: 24 profissionais responderam positivamente a essa alternativa, e mais expressiva ainda foi a hipótese de mais profissionais especializados (fazendo relação também com a agilidade), foram 30 respostas “sim”. Desta feita, foi convergida as duas opções de melhoria e o resultado foi quase um empate: 15 votos para a questão relacionada a citação e 17 para a contratação de mais profissionais, concluindo-se as duas serem de necessidade.

Como principal entrave no processo está, como já dito anteriormente, a dificuldade de citação do pais biológicos, algumas varas inclusive adotam alguns critérios objetivos para diminuir o tempo despendido nessa etapa do processo: na comarca de Joinville, realiza-se uma tentativa de citação pessoal, sendo esta infrutífera, há a realização da citação por edital.

Os capítulos subsequentes da pesquisa da ABJ, se destinam as sugestões que poderiam ser adotadas pelo Poder Judiciário a fim de aprimorar o processo de adoção e outros processos a ele relacionados. Destaca-se a primeira delas: a supremacia dos direitos das crianças e adolescentes. Essas garantias são conflitadas especialmente com os da ampla defesa e do devido processo legal, quando a lei preceitua o dever de ser esgotados todos os meios de citação pessoal, para só então citar por edital e nomear um Defensor Público, sendo investido grande tempo nesse ato ao invés de se priorizar a colocação da criança em família substituta, aumentando a possibilidade da adoção e evitando o crescimento das crianças e adolescentes dentro de abrigos.

Esses direitos de uma parte e de outra devem ser sopesados e reforçado a supremacia dos direitos da criança e do adolescente, sendo dever ao Estado e Poder Público assegurar e dar preferência quando da elaboração de políticas públicas (art. 4°, ECA).

Esse estudo realizado pela ABJ deve ser utilizado para (re)formulações necessárias na estrutura de proteção à criança e adolescente, considerando, na grande parte dos casos, a situação de vulnerabilidade social, psicológica vivenciada por eles e a atuação do poder judiciário deve ter como objetivo geral a proteção de cada um, algumas medidas já foram adotadas baseado nele.

Todos os envolvidos nos processos de adoção e os relacionados a este, devem ser conscienciosos de como a sua atuação impacta diretamente na vida dos envolvidos, podendo condenar uma criança e adolescente a crescer “abrigada” e impossibilitar sua adoção devido à idade “avançada”, ante a existência da preferência evidente por crianças mais novas. Foi verificado no estudo da ABJ que o tempo médio dos processos de destituição do poder familiar, por exemplo, são de 4 anos. Hipoteticamente, uma criança que no início do processo tem 4 anos, quando findo já se encaixa em um perfil não mais preterido por um número significativo de adotantes, contando com 8 anos. Como já dito anteriormente, uma adoção em que a criança tenha mais de 5 anos já é considerada tardia e os conflitos relacionais são mais aparentes, contribuindo de forma direta para a desistência da adoção.

Além dos dados mencionados acima, considera-se importante abordar o posicionamento dos Tribunais brasileiros quanto ao dever de indenizar os adotandos na hipótese de desistência da adoção, isso não é pacificado. Alguns magistrados entendem não ser possível a condenação dos adotantes, pelo fato do estágio de convivência se prestar a verificar a adaptabilidade da criança a família e o contrário, enquanto outros possuem o entendimento de uma vez violado qualquer direito do menor, este merece reparação.

Na Apelação Cível, Nº 70080332737 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interposta pelo Ministério Público em face da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, os Desembargadores da Oitava Câmara Cível, em unanimidade, negaram provimento, cuja ementa está abaixo:

> APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENORES EM ESTÁGIO DE CONVIVENCIA COM CASAL ADOTANTE. DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 46, prevê que a adoção será precedida de estágio de convivência, que, nada mais é do que um período de adaptação da criança com a nova família e dessa família com a criança. No caso, o estágio de convivência restou frustrado, seja pelo comportamento das crianças, entendido como inadequado pelos adotantes, ou mesmo por estes não estarem realmente preparados para receber novos membros na família. Contudo, não há vedação legal para que os futuros pais, ora recorridos, desistam da adoção quando estiverem apenas com a guarda dos menores. E a própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70080332737, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 28-02-2019)

Ao analisar o mencionado julgado, verificou-se que o Ministério Público argumenta o agir de forma dolosa e irresponsável dos adotantes, se negando inclusive, a ajuda da equipe interprofissional, proposta a resolver os conflitos durante a adaptação.

A alegação dos adotantes refere-se ao comportamento desobediente e até mesmo debochado das crianças e, constantemente, recebiam reclamações da escola referente a isso, não restando comprovado, tendo em vista os depoimentos da professora e diretora da escola onde ambos estudavam. Depoimentos da equipe do Conselho Tutelar inclusive atestam o despreparo da família, argumentando a confecção de uma lista de afazeres, incluindo domésticos pelo pretenso pai, para ocupação do tempo livre das crianças e as mesmas se mostraram muito infelizes.

Entretanto, os Desembargadores não acolheram o pedido do *parquet*, sob o fundamento da não constituição de ato ilícito pela devolução da criança durante o estágio de convivência e destaca a constituição do vínculo adotivo somente mediante sentença, etapa até então não superada, além da não criação de vínculo afetivo entre os demandados e as crianças.

Destaca-se também, a Apelação Cível 1.0702.14.059612-4/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo entendimento difere do julgado anterior, conforme se verifica abaixo:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.
> 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente.
> 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado.
> 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido.
> 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.14.059612-4/001, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/03/2018, publicação da súmula em 06/04/2018)

No acórdão, os Desembargadores afirmam não haver assistência ao adolescente após o nascimento do filho biológico dos ora adotantes e mais, a falta de esforço suficiente para vencer os desafios de qualquer adoção, principalmente as tardias. Destacaram também, o estágio de convivência como uma medida adotada em função do direito do melhor interesse da criança/adolescente, previsto para avaliar a adaptação em família substituta, sendo esse o principal objetivo, e não o oposto. Restou comprovado, por meio de relatórios de estudo social e psicológico após o retorno do adolescente ao acolhimento institucional, severo abalo psicológico devido ao insucesso da adoção.

A decisão afirma que a possibilidade de desistência da adoção deve ser justificada, no sentido de demonstrar que a não concretização se deu por motivos alheios à vontade dos adotantes. No caso os apelantes estreitaram o vínculo afetivo com o adolescente e deve ser enfatizado a criança e adolescente como sujeitos possuidores de direitos como à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis, conforme preceitua o art. 15 do ECA.

O conflito jurisprudencial está intimamente relacionado a não vedação legal dessa prática no ordenamento jurídico brasileiro, que deve considerar a criança e adolescente como a parte mais frágil do processo de adoção merecendo proteção integral do Poder Judiciário.

O adotante não pode simplesmente desistir da medida de forma abrupta e não ser responsabilizado no sentido de reparar os danos psicológicos (principalmente estes) causados ao adotando. É importante enaltecer a necessidade de amparo e atenção direcionados ao indivíduo em desenvolvimento que já foi abandonado pelos seus parentes biológicos, geralmente essa criança ou adolescente carrega dolorosas marcas que refletem em seu comportamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, é necessária previsão do dever de indenizar os adotandos na hipótese de desistência da adoção necessário, baseado nos fundamentos da responsabilidade civil propriamente dita, visando desestimular essa prática cada vez mais recorrente no Brasil e reestabelecer o equilíbrio entre as partes, partindo do pressuposto que tal conduta gera danos irreparáveis as crianças e aos adolescentes.

Recentemente o ECA foi alterado pelas Leis 12.010/2009 e 13.509/2017, com vistas a aprimorar os procedimentos da adoção. O Estatuto possui diversos mecanismos visando a proteção da criança e do adolescente, além de apresentar um rigoroso processo para quem opta por adotar, desde sua habilitação para constar nos cadastros para esse fim, até à ação adotiva propriamente dita.

Quanto a denominada responsabilidade civil, que possui como máxima o equilíbrio das relações, quando possível visa o retorno ao estado anterior ao evento danoso, impossível no concernente a danos imateriais, definidos como os que atingem a honra, imagem, personalidade, inerentes a psique do ofendido.

Constatou-se que para imputar a outrem o dever de indenizar, deve se fazer presente todos os pressupostos, com exceções previstas na legislação. É requisito a conduta do agente, o dolo ou culpa, o dano e o nexo de causalidade. Muitos pretensos

pais não conseguem lidar com as dificuldades relacionais, acentuadas conforme a idade do adotando é maior e optam por não mais adotar.

Defende-se o dever de indenizar, pautado no abuso do direito, sendo esse rompimento de forma abrupta, por motivo não justificável, pois devem ser respeitados os direitos dessas crianças e adolescentes, dando supremacia a seus interesses e é dever não só do Estado, mas de cada um dos agentes sociais, protege-los.

Com a análise de dados da Associação Brasileira de Jurimetria, observou-se a insistência de destaque no processo de destituição do poder familiar. Sabe-se que muitas vezes a adoção é precedida do referido procedimento. Isso se deve ao fato de a etapa da citação dos genitores consumir um tempo significativo, dada a dificuldade de encontrá-los, pois muitos estão em situação de rua.

Merecem destaque sugestões realizadas pela ABJ após análise dos dados, algumas delas já adotadas pelo Poder Judiciário, como o incentivo das adoções tardias, aquelas em que a criança possui mais de cinco anos, a diminuição de alguns prazos relativos aos procedimentos adotivos, à integração do Cadastro Nacional da Adoção com outra base de dados, nesse caso a criação do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), com estatísticas atualizadas do número de crianças disponíveis para adoção, sexo, cor, se possui deficiência, dentre outras variáveis.

Quanto à análise jurisprudencial sobre a desistência da adoção durante o estágio de convivência, a divergência encontrada nas decisões muito se deve à conduta não ser contraria a Lei, mas o Ministério Público dos estados, cada vez mais tem suscitado a necessidade de indenizar, baseado nos prejuízos psicológicos causados aos adotados.

Uma vez estas crianças e adolescentes, sendo sujeitos de direitos humanos, fundamentais e constitucionais, não é plausível a justificativa de não vedação, tendo agido os adotantes de forma dolosa e irresponsável, a reparação se torna imprescindível.

O exame deve ser feito no caso concreto, considerando a forma como a desistência se deu. A penalidade prevista no ECA, é dos adotantes serem vedados de manter a inscrição no Cadastros para Adoção e impossibilidade de habilitar-se novamente para esse fim. Mas há necessidade de uma tratativa específica, regulamentando o dever de indenizar.

REFERÊNCIAS

ABJ. Associação Brasileira de Jurimetria. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil:** uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário. Ago. 2014. Disponível em https://abj.org.br/cases/adocao/. Acesso em: 10 a 15 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. ° 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acessos em: 10, 15 e 25 abr. 2020.

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/l10406.htm. Acesso em 27 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. ° 12.010, de 13 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. °13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm. Acesso em 24 abr. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). **Crianças disponíveis para adoção.** Disponível em https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=68b8631d-d2f5-4ea1-b05a-b0256c5fb581&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall. Acesso em: 03 mai. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: obrigações, responsabilidade civil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F111088798%2Fv2.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc4190000001657d565af5c7fb9e2d#sl=0&eid=e9f1a91b017b0874251b8fdfb0df5865&eat=a-111102631&pg=&psl=e&nvgS=false&tmp=992.

CÂMARA, Marcelo Oliveira. **Responsabilidade Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: SESES, 2018. p. 17.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F76474648%2Fv12.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc4190000001657d565af5c7fb9e2d#sl=0&eid=849b5d9e2f9cdd6a53e36e0d9d54bf1e&eat=a-132418588&pg=&psl=e&nvgS=false.

GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F91002064%2Fv1.10&titleStage=F&titleAcct=i0adc4190000001657d565af5c7fb9e2d#sl=0&eid=9477a17ac96d5eef2cdd88119c5b402f&eat=a-91002099&pg=&psl=e&nvgS=false&tmp=976.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Disponível em https://app.luminpdf.com/viewer/5f03dca161c6860014d7692c.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0702.14.059612-4/001.** Apelantes: Rodrigo Fernando Souza Valadão de Castro e outros. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Rel. Min. Caetano Levi Lopes. Julgado em 27 mar. 2018. Publicação: Diário da Justiça do dia 06 abr. 2018. Disponível em https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10702140596124001. Acesso em: 14 mai. 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídico Didático, 2016. E-book. Disponível em https://drive.google.com/file/d/17w64_TpBvf9kyX7bRTAx_hR_nfGi9B_W/view?usp=sharing.

REZENDE, G C D. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Paraná, v. 1, n. 1, p. 94, dez./2014. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/revista_mppr/Revista_MPPR_virtual.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. °70080332737.** Apelantes: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Apelados: P A W e E S E W. Rel. Min. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 28 fev. 2019. Publicação Diário da Justiça do dia 13 mar. 2019. Disponível em https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70080332737&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 13 mai. 2020.

Capítulo III

DIREITO E ARTE:

UMA PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DA CULTURA ATRAVÉS DOS DIREITOS HUMANOS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Carlos Eduardo Traven[*]

Fábio Pendiuk[**]

1 INTRODUÇÃO

Socialmente, a cultura representa um elemento engrandecedor de um povo, por um lado, comunga valores, integra a sociedade e desenvolve o intelecto, por outro, dissemina costumes, perpetua visões e histórias e celebra a identidade de um povo na formação do cidadão.

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), a partir de seu artigo 215 garante o direito à cultura, prevendo que: “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais”.

A Carta Magna (1988) demonstra a importância da cultura e dos Direitos Humanos na vida do povo brasileiro, acompanhando o processo de evolução dentro da história do Brasil, sobre os conceitos de cultura e patrimônio cultural, tratado de forma restrita e superficial nas Cartas Magnas de 1934 e 1937.

Ao analisar o encadeamento e lugar que a cultura ocupa na vida social do indivíduo, por consequência, na vida do cidadão, lançou-se um olhar à implantação e proteção da cultura na Constituição da República Federativa do Brasil (1988), também

[*] Bacharel em Direito pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP).
Contato: caetraven@gmail.com

[**] Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), professor dos cursos de bacharelado em Direito e Psicologia da Faculdade de Educação Superior do Paraná e coordenador do Grupo de Estudos Humanidades em Direito da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP).
Contato: fabiop@fesppr.edu.br

chamada Constituição Cidadã, pois abrange formas diversas de garantir a cidadania, resgatando os direitos fundamentais antes esquecidos.

A construção do cidadão é favorecida pela construção da cultura, os processos se completam e culminam na emancipação da sociedade, a elevação da memória do povo, o empoderamento do processo civilizatório, a clareza nas escolhas, o discernimento no agir e pensar e a importância da participação popular.

De acordo com Laraia (2009), a origem do termo cultura liga-se ao antropólogo inglês, Edward Taylor. Taylor sintetizou o termo inglês *culture* utilizando dois outros termos: *kultur*, palavra germânica, utilizada para contextualizar todos os aspectos espirituais de uma comunidade e a palavra francesa *civilization*, que se refere às realizações materiais de um povo.

Ao aprofundar ainda mais as searas do Direito à cultura, se reconhece a importância de proteger os Direitos Culturais materiais e imateriais. Entende-se por direitos culturais materiais a maneira de manifestar-se culturalmente, de forma a gerar objetos físicos, que têm como instrumentos de preservação, por exemplo, o tombamento de determinado bem. E direitos culturais imateriais são os produtos que facilmente poderiam se perder no tempo e no espaço, se não forem protegidos, por serem manifestações culturais, por vezes, intangíveis, por se tratar de práticas de um povo, como, por exemplo, cantos, festas, manifestações culturais, costura, artesanato, feiras, pratos típicos, ensinamentos passados entre gerações, formas de agir e pensar costumes, entre outros.

Este estudo procura demonstrar como a cultura e o direito são elementos importantes na formação do indivíduo e que através da cultura o sujeito consegue se emancipar socialmente, tendo acesso a muitas coisas que talvez não tivesse se não fosse pelo acesso à cultura.

Como problema de pesquisa tem-se o seguinte questionamento: De que forma o direito e a arte, com uma perspectiva emancipatória da cultura, através dos Direitos Humanos e das políticas públicas no Brasil, pode tornar um indivíduo socialmente emancipado?

Diante disso, coloca-se o seguinte questionamento como problema de pesquisa: De que forma o direito à arte pode contribuir para a emancipação social, levando à politização e à conquista de direitos políticos por grupos historicamente

alienados das contradições do contexto social, mediante o exercício reflexivo de construção e restituição de sujeitos de direito.

A partir desta problematização, este artigo tem como objetivo geral analisar, sob a perspectiva emancipatória da cultura, a relação entre direito e arte no tratamento dado ao tema pelos Direitos Humanos e políticas públicas brasileiras. Para isso, fundamenta-se na exploração da literatura sobre o materialismo cultural na abordagem da Teoria Crítica e sua contribuição para o tratamento da relação entre cultura, cidadania e emancipação.

2 DIREITOS CULTURAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

De acordo com Oliveira (2014), as concepções de cultura foram consolidadas historicamente nas políticas culturais em dois importantes âmbitos, um restrito e outro amplo. O primeiro reserva o status de cultura às manifestações artísticas e está relacionado aos pressupostos de uma cultura de minoria; o segundo, situado na perspectiva da cultura de todos, reconhece como culturais as atividades humanas comuns e ordinárias, contemplando a diversidade dos modos cotidianos de vida.

Essa abordagem, que diferencia cultura como universo das artes e cultura como modos de vida (experiência ordinária), pode ser considerada uma importante intervenção dos estudos culturais na disputa do conceito de cultura, sobretudo, no que diz respeito às políticas culturais (OLIVEIRA, 2014). Acerca do caminho proposto por Raymond Willians pode-se dizer o seguinte:

> [...] predominantemente no conceito em que ele escreve, a compreensão da cultura, como belas-artes, se refere a um sentido bastante especializado, uma esfera separada da vida cotidiana onde se produzem as grandes obras da humanidade ou ainda uma esfera superior onde se buscam preservar os valores humanos, em contraponto à vulgarização da vida material. Vinculada a um universo bastante exclusivo, nessa abordagem a cultura se apresenta como algo extraordinário, restrito à classe artística e seus consumidores especializados (apud LIMA ET al., 2013, p. 44).

Oliveira (2014) aponta para a importância de distinguir as duas dimensões de cultura, a antropológica e sociológica, pois a abrangência de atuação e as estratégias

das políticas públicas são diferentes para cada uma. Segundo Botelho (2001, p. 2-3), na dimensão antropológica:

> […] a cultura se produz através da interação social dos indivíduos, que elaboram seus modos de pensar e sentir constroem seus valores, manejam suas identidades, que elaboram seus modos de pensar e sentir constroem seus valores, manejam suas identidades e diferenças e estabelecem suas rotinas.

Conforme Oliveira (2014), ao considerar o universo das artes e da erudição lócus exclusivos da criatividade e inventividades humanas, exclui-se de imediato, a maioria das pessoas dos seus direitos culturais relacionados aos seus processos simbólicos e ao desenvolvimento de suas potencialidades. Desse modo, a cultura é separada da vida cotidiana e os sujeitos considerados culturais são reduzidos aos artistas, intelectuais e ao público consumidor dos produtos e serviços ligados às artes e ao erudito.

> [...] a erudição e as artes são os únicos enclaves sobreviventes de criatividade, então, certamente está-se com um problema: [...] se a criatividade agora podia ser encontrada na arte, era porque não podia ser encontrada em nenhum outro lugar? Tão logo a cultura venha significar erudição e as artes, atividades restritas a uma pequena proporção de homens e mulheres, a ideia é ao mesmo tempo intensificada e empobrecida (EAGLETON, 2011, p. 29).

A aplicação do termo cultura, com o sentido de artes, como as obras e práticas que representam o desenvolvimento humano, é mais preponderante a partir do século XX. “Em meados desse século, de desenvolvimento intelectual, espiritual e estético, um modo de vida específico e o nome que descreve as obras e práticas de atividades artísticas” (CEVASCO, 2012, p. 11).

Raymond Williams define brevemente que o materialismo cultural é: “uma teoria das especificidades da produção cultural e literária material, dentro do materialismo histórico” (WILLIAMS, 1979, p. 12). A partir dessa definição é possível encontrar as premissas de que a cultura seja também localizada como um modo de produção da vida humana.

Williams, ao advogar a esfera de produção da vida opõe-se a acepções idealistas de cultura, ao afirmar que as possibilidades totais do conceito de cultura como um processo social constitutivo que cria 'modos de vida' específicos e diferentes, que poderiam ter sido aprofundados de forma notável pela ênfase no processo social material, forma por longos tempos irrealizados e com frequência substituída na prática por um universalismo abstrato unilinear. Ao mesmo tempo, a significação do conceito alternativo de cultura, definindo a 'vida intelectual' e 'as artes', foi comprometido pela evidente redução a uma condição de 'superestrutura', cabendo seu desenvolvimento àqueles que, no processo mesmo de sua idealização, romperam as ligações necessárias com a sociedade, à história e nas áreas da psicologia, arte e crença, desenvolveram um forte senso alternativo do próprio processo constitutivo humano (WILLIAMS, 1979, p. 25).

Segundo Mariano (2016), Williams insere a dinâmica cultural nas contradições inerentes a uma sociedade capitalista, não podendo ser separada das relações sociais. Ao mesmo tempo em que reconhece haver uma dinâmica impressa nos e a partir dos meios de produção que, amiúde, ensejam o abrandamento e distração de uma quantia significativa da sociedade – as chamadas minorias, que não possuem o controle dos meios de produção – enfatiza essa mesma produção cultural como possibilidades de transformação e luta em torno da maneira como os significados e os modos de vida são gerados e concretamente vividos.

De acordo com Cevasco (2001), tornar-se seu grande projeto intelectual: a tentativa de encontrar formas para a análise material da produção cultural, a fim de que os meios de transformação social possam ser alcançados.

3 DIREITOS CULTURAIS E POLÍTICAS CULTURAIS

Segundo Oliveira (2014), a aplicação de um conceito amplo de cultura nas políticas culturais e nas normas que definem e regulam é o caminho mais democrático, na medida em que compreende todos os indivíduos e grupos sociais como sujeitos culturais. Deste modo, as ações do Estado para promover e proteger os direitos culturais não se restringe aos artistas, intelectuais e instituições artísticas apenas, haja vista que o caráter democrático do conceito amplo de cultura imprime nas políticas

culturais as características de cidadania, ou seja, o reconhecimento de que todos são detentores de direitos culturais.

Nesse sentido, o ponto chave dessa pesquisa é a relação entre cultura e Direitos Humanos, sendo o foco assumido para a investigação o da concepção cidadã da cultura, manifestada e materializada por meio dos direitos culturais e das políticas culturais (OLIVEIRA, 2014).

Os direitos culturais têm recebido menos atenção e, consequentemente, são menos desenvoltos em termos de conceituação legal e concretização do que os clássicos direitos civis, políticos, econômicos e sociais. Um exemplo apontado por Varella (2013) demonstra a pouca atenção recebida pelos direitos culturais, pois somente em 2009 estes direitos obtiveram monitoramento do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU), por meio de uma especialista independente. Desse modo, a cultura foi um dos últimos setores a contar com o acompanhamento pela ONU. No entanto, a cultura é parte constitutiva essencial da dignidade humana. Nesse sentido: “os direitos culturais permitem o respeito à dignidade mais profunda, a partir do reconhecimento da identidade do indivíduo e do aproveitamento de todas as suas capacidades“ (VARELLA, 2013, p. 58).

Segundo Oliveira (2014), as violações dos direitos culturais atingem a integridade da identidade dos sujeitos, impedindo o respeito a qualquer outro direito. De tal modo, a negação dos direitos culturais ou a ausência dos recursos necessários para sua concretização impossibilita que o sujeito, individual ou coletivo, viva com liberdade seu processo permanente de identificação e reconhecimento (OLIVEIRA, 2014).

Esses direitos funcionam como ferramenta para que o indivíduo reconheça essas capacidades que possui, em consonância com as capacidades externas do ambiente, potencializando a apropriação de recursos que vão lhe possibilitar o exercício dos demais direitos. Direitos estes como saúde, moradia, educação, que se tornarão inescapáveis caso as capacidades dos direitos culturais já tenham sido assimiladas e apropriadas. Sob esta ótica, os direitos culturais, entendidos como “capacidades de capacidades”, possuem um efeito desencadeador sobre os demais Direitos Humanos (VARELLA, 2013, p. 58).

Os Direitos Humanos são conquistas históricas, advindas das lutas sociais, inseridos politicamente nas Declarações de Direitos e, posteriormente, positivados juridicamente nas Constituições dos Estados nacionais, transformando-se em direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2014).

Cada bloco de direitos nasceu no bojo de processos sociais reivindicatórios transformadores ou revolucionários. Em cada etapa do percurso histórico, pressões sociais buscaram o reconhecimento de determinados bens e valores considerados elementares à concretização da vida humana com dignidade. A evolução dos Direitos Humanos vem sendo sistematizada por meio das chamadas gerações de direitos (dimensões de direitos), pois são cumulativas e complementares e não geracionalmente excludentes (OLIVEIRA, 2014).

A concentração da social democracia ao mesmo passo que estabeleceu uma nova e importante dimensão de direitos, também estancou as latentes possibilidades de um câmbio social mais radical, rumo ao socialismo, passando, os direitos sociais dos trabalhadores a serem contemplados, ao lado das liberdades individuais e o rol dos Direitos Humanos fundamentais foi ampliado, passando a vigorar o direito à cultura (OLIVEIRA, 2014).

Os direitos sociais, econômicos e culturais são os direitos de segunda geração, foram instituídos com o chamado Estado Social, sob o signo da igualdade de direitos, estão ligados, portanto, às prerrogativas sociais nos campos da saúde, educação, trabalho, seguridade, moradia, dentre outros. Com a segunda geração de direitos, estrutura-se um amplo conjunto de direitos fundamentais que requerem do Estado à realização de obrigações positivas (prestações) para garantir os direitos sociais (OLIVEIRA, 2014).

Os direitos culturais são direitos complexos e estão presentes em todas as dimensões dos Direitos Humanos. Existem importantes direitos culturais ligados às liberdades individuais de primeira dimensão, como a liberdade de pensamento, de criação e de expressão. A expressão “direitos sociais, econômicos e culturais” foi consolidada pela Teoria dos Direito Humanos para nomear a segunda dimensão de direitos, porém, não significa que todos os direitos culturais estejam concentrados nessa geração de direitos (OLIVEIRA, 2014).

A unidade de sentido de todas as dimensões dos direitos fundamentais reside no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana, elevada ao status de princípio norteador das relações sociais, políticas e jurídicas, tem como pré-requisito de existência a plena concretização dos direitos fundamentais, com o livre desenvolvimento das potencialidades humanas (OLIVEIRA, 2014).

A concepção de que os direitos culturais são autônomos e formam um importante grupo de Direitos Humanos pode ser sustentada com base em diversos instrumentos políticos e jurídicos de âmbito internacional. A Declaração Universal sobre Diversidade Cultural (2001), em seu artigo 5º, intitulado os direitos culturais como um ambiente que possibilita a prática da diversidade cultural – afirma os direitos culturais como um importante grupo dos Direitos Humanos, que são universais, indivisíveis e interdependentes.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) faz menção direta aos direitos culturais, em seu artigo 22 se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais como indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana. O artigo 27 da última Declaração enuncia os direitos culturais a participação na vida cultural da comunidade e a proteção dos direitos morais e materiais do direito de autor (OLIVEIRA, 2014).

1. comunidade, de beneficiar-se das artes e de participar do processo científico e dos seus benefícios.

2. decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor (ONU, 1948).

Os direitos culturais do artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foram detalhados pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que em seu artigo 15 apresenta uma lista de direito culturais: “[...] participar da vida cultural, usufruir dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações, beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe pertençam em virtude de produções científica, literárias ou artísticas da qual for autor” (OLIVEIRA, 2014, s/p).

A Declaração da UNESCO sobre os Princípios de Cooperação Cultural Internacional (1966) ampliou os fundamentos dos Pactos e tornou-se o primeiro

instrumento do aparato institucional da ONU específico para a cultura (OLIVEIRA, 2014).

A Recomendação Sobre a Participação dos Povos na Vida Cultural (1976), da UNESCO, definiu de forma precisa as duas dimensões de participação na vida cultural: a dimensão passiva, compreendida como direito à fruição e a dimensão ativa, que pode ser traduzida em direito à criação. A dimensão passiva aponta para o acesso à cultura por meio das instituições e serviços públicos, como museus, bibliotecas, centros culturais, cinematecas, salas de espetáculos e demais aparelhos. Já a dimensão ativa reclama como direito de todo o acesso aos meios materiais necessários para a produção e difusão das próprias manifestações e expressões culturais (OLIVEIRA, 2014).

Já a Recomendação Sobre o Status do Artista (1980) conclama os Estados para que criem e sustentem não apenas um clima de encorajamento à liberdade de expressão artística, mas também, condições materiais que facilitem o aparecimento de talentos criativos (OLIVEIRA, 2014).

Os direitos culturais pressupõem e requerem uma especificação organizada em categorias de direitos relacionados com a cultura = compreendida com base em núcleos concretos formadores de sua substância – como as artes, a memória coletiva e o fluxo dos saberes, fazeres e víveres (OLIVEIRA, 2014).

No intuito de reconhecer a cultura como um direito humano fundamental, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) consagrou os direitos culturais, positivando-os em uma seção específica nos artigos 215 e 216. A ideia constitucional de cultura e de direitos culturais vai muito além dos referidos artigos, permeando todo o texto do referido diploma pátrio (1988). O Diploma (1988) é generoso em relação ao tratamento da cultura: “isso fica evidente no fato de que em todos os seus títulos há alguma ou até mesmo farta disciplina jurídica sobre o assunto”. Poderia isso ser chamada de Constituição cultural (CUNHA FILHO, 2011, p. 119).

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS NO BRASIL EM PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA/CONSTITUCIONALIDADE DA PROTEÇÃO À CULTURA, DIREITOS CULTURAIS E DE ACESSO À CULTURA

Segundo Pereira e Pinzan (2014), a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) os direitos e garantias fundamentais do cidadão, inclusive, o direito à cultura. Primeiro importa compreender que é com os direitos fundamentais sociais que a ordem cultural passa ser tutelada pelo Direito. A Constituição Cidadã (1988) democrática e social forneceu o devido suporte aos direitos culturais e de acesso à cultura nacional:

> [...] o legislador não expressou quais são os princípios constitucionais culturais, porém, os mesmos podem ser classificados como, "o princípio do pluralismo cultural", o da participação popular na concepção e gestão das políticas culturais, o do suporte logístico estatal na atuação no setor cultural, o do respeito à memória coletiva e o da universalidade (Santos *apud* PIANCÓ, 2011, s.p.).

Deve-se destacar a importância da diferenciação feita por Miranda (2006) - (doutrinador português), em que pese ao estudo relacionado à Constituição portuguesa, sobre os direitos culturais e de acesso à cultura para a ciência jurídica. Explica que quando uma Constituição cidadã zela pelas questões culturais relacionadas às especificidades do plano fático da seguridade cultural garante os bens culturais (PEREIRA e PINZAN, 2014), se relacionando com a Constituição cultural e aos direitos culturais os seguintes preceitos:

> [...] a) A cultura como expressão da identidade de uma comunidade de um povo; b) A cultura como educação, ciência e cultura stricto ou strictissimum sensu: c) A cultura como tudo quanto recai na educação e na ciência ou, em termos positivos, como criação e fruição de bens de cultura (MIRANDA, 2006, p. 4).

O texto Constitucional brasileiro assegura o direito à cultura, no entanto, o constituinte não especifica quais são esses direitos culturais a serem garantidos constitucionalmente, em cláusulas gerais deixa ao legislador a possibilidade de

regulamentar essas proteções. A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) limita o legislador em questão de matérias culturais, já que trata em seções diferentes de seu texto a cultura, a educação e os desportos – sendo manifestações antropologicamente consideradas como cultura (PEREIRA e PINZAN, 2014). Nesse mesmo sentido, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em seu artigo 215 expressa o seguinte:

> Artigo 215: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1. ° O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
> § 2. ° A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.
> §3. ° A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando o desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:
> I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
> II – produção e difusão de bens culturais;
> III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
> IV – democratização do acesso aos bens de cultura;
> V – valorização da diversidade étnica regional.

Vê-se no *caput* a preocupação do Poder Constituinte assegurar: "[...] o pleno acesso aos direitos culturais" (PEREIRA e PINZAN, 2014, p. 10). Retomam-se as discussões já tecidas por Miranda, pautadas na Constituição de Portugal, sobre os direitos culturais, conforme segue:

> Direitos relativos à identidade cultural são: – o direito à identidade cultural como componente ou desenvolvimento do direito à identidade pessoal ou, mesmo, do direito ao desenvolvimento da personalidade [...], pois a pertença a um povo com uma identidade cultural comum [...] faz parte também da individualidade de cada pessoa; – o direito de uso da língua, sabendo-se como a língua materna, por seu turno, é o primeiro elemento distintivo da identidade cultural; – o direito de defender, especialmente em juízo, o patrimônio cultural. [...] Liberdades culturais são: – a liberdade de criação cultural [...]; – a liberdade de divulgação de obras culturais [...]; – a liberdade de fruição cultural, liberdade de acesso aos bens de cultura, sejam os meios e instrumentos de ação cultural (literatura, música, teatro, cinema, etc.), sejam os bens do patrimônio cultural [...]; – a liberdade de iniciativa cultural, liberdade de promover eventos culturais (edição de livros, concertos, exposições, etc.). O direito de acesso aos bens de cultura compreende: – direito à formação cultural em geral, que se reconduz ao direito à educação

> e ao ensino [...]; – direito à fruição cultural compreendendo o direito de acesso ao patrimônio cultura [...] - (MIRANDA, 2006, p. 18-20).

Tais disposições conduzem a compreender que são garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988) os direitos relacionados às construções identitárias, ao uso da linguagem, da utilização do patrimônio cultural, a liberdade de criar e gozar das obras culturais e o direito à formação cultural que se relaciona com o direito à educação e ao ensino. Os recursos da cultura assemelham-se com os recursos direcionados às pastas da educação e ensino, podendo causar confusão aos gestores públicos. Nesse contexto, é importante salientar que os direitos culturais não podem ser reduzidos apenas aos direitos de grupos étnicos.

É garantido o: "[...] acesso às fontes de cultura nacional", sendo assim, o que for entendido como fonte de cultura nacional será garantia de direito e gozo – subentendida que estão enquadradas as manifestações relativas aos hábitos, gostos, raízes, patrimônio cultural e memória, como: folclore, carnaval, futebol, feijoada, entre outros. A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) garante tudo quanto caracterize a "cultura nacional".

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) dispõe que o Estado: "[...] apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais" – agora num âmbito geral, podendo abrigar todas as manifestações entendidas como cultura: dança, música, cinema, pintura, entre outras, seja popular ou erudita. Nesse aspecto, percebe-se que a força obrigacional da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) diminui em seu efeito, já que as tarefas de apoiar e incentivar são mais simples de serem cumpridas pelo Estado, do que a tarefa de garantir.

> […] a reocupação da Constituição se deu em dois níveis. Em primeiro lugar, o de criar uma liberdade pública, cuja finalidade é a de impingir limites à atuação do Estado, obrigando-o a respeitar a autodeterminação cultural do cidadão, em suas diversas formas de manifestação. Em segundo lugar, o de atribuir ao Estado o dever de democratização da cultura, ou seja, de envolver o conjunto de cidadãos no contexto das manifestações culturais, bem como preservar a diversidade dessas manifestações, sobretudo a respeito das minorias culturais (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2010, p. 528).

O artigo 216 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) define o patrimônio cultural brasileiro da seguinte forma:

A Constituição Cidadã, como é denominada a atual CF/1988, ao trabalhar o tema do patrimônio cultural, envolveu nele inúmeros conceitos científicos e limites importantes. Dessa maneira, o patrimônio cultural é brasileiro, não é municipal ou regional ou estadual; inclui bens tangíveis (conhecimentos técnicos, etc.), individualizados ou coletivizados; não se cuida apenas daquele erudito ou excepcional, porquanto basta que os bens sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que constituem a sociedade brasileira (BLANK, 2012, p.34).

Segundo o entendimento de autores como Silva apud ARAUJO e NUNES JUNIOR (2010, p. 529): “criar cultura, no fundo, consiste em transformar realidades naturais ou sociais, mediante a impregnação de valores”. Partindo de tal conceito, os autores compreendem o patrimônio cultural de forma ampla – no sentido de meio ambiente cultural que ganha sentido no contexto social – como os bens depositários de projeções valorativas dos sujeitos.

5 DIREITO À ARTE É DIREITO DE CONHECER ARTE, PRODUZINDO ARTE

Ao falar em direito é o mesmo que pensar que determinada prerrogativa, reconhecida como ponto prioritário das políticas sociais, é declarada e assegurada pelo Poder Público a todo e qualquer cidadão. Sobre o direito primordial à educação, existem diversos teóricos que se dedicam em organizar sua trajetória histórica, entre embates e lutas, mobilizações e conquistas, em organizar de forma cronológica a legislação brasileira (COUTINHO e OLIVEIRA, 2015). Entre eles estão Cury (2002, p. 260) que diz o seguinte:

O direito à educação parte do reconhecimento de que o saber sistemático é mais do que uma importante herança cultural. Como parte da herança cultural, o cidadão torna-se capaz de se apossar de padrões cognitivos e formativos pelos quais tem maiores possibilidades de participar dos destinos de sua sociedade e colaborar na sua transformação. Ter o domínio de conhecimentos sistemáticos é também um

patamar sine qua non a fim de poder alargar o campo e o horizonte desses e de novos conhecimentos.

Em relação ao saber sistemático das artes, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB) – (Lei n. 9394/1996) elucida a obrigatoriedade do ensino de arte no currículo. No seu artigo 26, parágrafo 2º, das Disposições Gerais afirma o seguinte: “o ensino da arte, especialmente em suas expressões regionais, constituirá componente curricular obrigatório nos diversos níveis da educação básica, de forma a promover o desenvolvimento cultural dos alunos” para o Ensino Fundamental, no art. 32, inciso II, a Lei é clara quanto à formação do cidadão estar garantida mediante: “a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/1990) em seu artigo 4º. Afirma o seguinte:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

Também afirma no seu artigo 58 que: “no processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos, próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura” (BRASIL, 1990).

Segundo Coutinho e Oliveira (2015), cabe questionar: O ensino de artes está presente em todas as escolas brasileiras, cumprindo as determinações da LDB/1996 como disciplina obrigatória? Por que algumas escolas ainda oferecem o ensino de artes apenas em alguns anos de escolaridade ou sem exigir a formação específica do professor? Por que a disciplina é reduzida ou retirada da grade curricular, restringindo as possibilidades da formação artística e cultural do aluno? Indagações como essas, ainda sem respostas claras, fazem parte de alguns debates sobre a precarização do ensino de arte, mas a questão é ainda mais profunda, pois não se trata apenas de garantir o legítimo direito a um ensino “sobre” arte no currículo, mas também garantir que processos educativos possam se dar a partir e/ou através da arte. É saber que

naquelas escolas onde a arte está presente, muitas vezes ainda ocupa um lugar marginal ou têm seu potencial reflexivo muito pouco explorado.

Sendo assim, para o inegável direito de se ter acesso ao conhecimento, não basta fazer parte do conjunto de conquistas legais, é preciso adquirir maior sentido quando: "[...] os Poderes Públicos se revestem da vontade política de torná-las efetivas e a sociedade civil organizada se mobiliza no sentido de defendê-las e exigir seu cumprimento [...]" (HORTA, 1998, p. 31).

6 ATIVIDADES ARTÍSTICAS E LUTAS DEMOCRÁTICAS NA CONSTRUÇÃO DE SOCIABILIDADE DE RESISTÊNCIA CONTEMPORÂNEA

Segundo Fuziwara (2014), o lugar aparentemente secundarizado da política cultural foi consolidado pela própria história brasileira, contudo, existem mecanismos discretos por dentro de outras dinâmicas políticas que direcionam a questão da arte e da cultura no Brasil. Na atual conjuntura parece importante considerar alguns elementos como a Lei Rouanet, o Movimento Social de Defesa da Cultura, que apresenta a PEC n. 150/2003, o Sistema Nacional de Cultura e o Projeto de Lei que cria a ProCultura.

A Lei Rouanet (Lei de Incentivo à Cultura) efetivou o Programa de Apoio à Cultura (PRONAC), possibilitando que empresas (pessoas jurídicas) ou pessoas físicas possam destinar recursos para projetos culturais. O PRONAC é formado por três mecanismos importantes: o Fundo Nacional de Cultura (FNC), o Incentivo Fiscal (Mecenato) e o Fundo de Investimento Cultural Artístico (FICART). Segundo a definição legal, o PRONAC pretende facilitar os meios de acesso à cultura, estimular a regionalização da produção artístico-cultural brasileira, proteger as manifestações para garantir uma diversidade, priorizar o produto cultural no Brasil e desenvolver o respeito aos valores culturais de outros povos e nações (FUZIWARA, 2014).

A crítica em relação ao chamado incentivo fiscal baseia-se no argumento existente em mecanismos utilizados em outras éreas, como da infância e adolescência, que pratica a doação casada ou condicionada; em todas essas

modalidades a empresa ou o indivíduo destina parte do imposto devido à aplicação naquele setor, por meio de renúncia fiscal (FUZIWARA, 2014).

A atual legislação da democracia brasileira passou a ser alterada muito antes da atual Constituição Cidadã (1988). O Portal Brasil, que divulga as ações do governo federal, publicou uma matéria intitulada “Economia Criativa Cresce Mais que o PIB no Brasil”, onde inicia a análise nos termos do Relatório de 2010, afirmando que a cultura pode ser usada para incentivar o desenvolvimento econômico justo e sustentável de um país. A matéria informa que pesquisas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicam uma participação de 7% de bens e serviços culturais no PIB mundial, com crescimento anual previsto em torno de 10 a 20%. No Brasil, o crescimento médio anual dos setores criativos (6,13%) foi superior ao aumento do PIB nacional (cerca de 4,3%) nos últimos anos (FUZIWARA, 2014).

O Portal informa que em 2014 havia no Brasil 320 mil empresas voltadas para a produção cultural, o que representaria quase 6% das empresas brasileiras, oferecendo 3,7 milhões de empregados formais e 8,5% de postos de trabalho. Dentre os dados que sinalizam o tipo de produtos existentes informa-se que somente 21% das cidades brasileiras possuem salas de teatro e apenas 9% possuem salas de cinema (FUZIWARA, 2014).

Segundo análise do Portal Agência Brasil, sobre a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PPNAD/2012), o número de trabalhadores com carteira assinada nas atividades relacionadas à cultura chegou a 39,8% dos ocupados em todas as atividades (1,5 milhão). Na população ocupada como um todo este percentual era 39,3% do total (37,2% milhões). O estudo mostra que a maior participação de trabalhadores com carteira assinada no setor cultural influenciou a elevação do percentual de contribuintes para a Previdência de 46,3% em 2007 (1,9 milhão de pessoas) e para 55,8% em 2012 (2 milhões de trabalhadores). O rendimento médio mensal dos ocupados em atividades culturais foi estimado em R$ 1.553,00 em 2012, valor superior ao rendimento da população ocupada no total das atividades produtivas (R$ 1.460,00) - (FUZIWARA, 2014).

O Tribunal de Contas da União (TCU) verificou em sua fiscalização que em 2011 mais de 70% dos valores obtidos pela Lei Rouanet foram aplicados nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. O caso do grupo canadense *Cirque du Solei*l, que em

2006 foi autorizado a captar R$ 9,4 milhões em sua apresentação no Brasil e teve ingressos até por R$ 370,00 (FUZIWARA, 2014).

A Lei Rouanet foi criada para gerar autonomia e investimentos para a produção cultural, mas são as empresas estatais como Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Petrobrás. Vale do Rio Doce e Banco do Brasil que mais utilizam os recursos existentes. Nesse sentido, por ano, o Estado deixa de receber cerca de 1,2 bilhão de reais, e para comparar o significado de tal cifra, compara-se que todas as universidades federais juntas têm o orçamento anual de 2 bilhões de reais. Já as empresas privadas que mais captam recursos são o Itaú Cultural, a Fundação Roberto Marinho e a produtora *Time For Fun*, que promovem eventos para as classes A e B. Recursos foram utilizados para reformar Pontes e imóveis com valor cultural, mas também igrejas católicas: catedral de Campinas, R$ 7 milhões para reformar; catedral de Brasília, R$ 25 milhões. Em São Paulo, as igrejas da Santa Efigênia e de Santo Amaro tiveram juntas aprovação de R$ 26 milhões. Ainda entram nesse conjunto de patrocínios, festas como a *Oktoberfest* e torcidas organizadas. Tudo isso, organizado pela Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC), que realiza a avaliação dos pedidos (FUZIWARA, 2014).

O Projeto de Lei n. 6.722/2010 prevê a alteração da legislação, estabelecendo três faixas de renúncia fiscal: 40% do valor poderão ser de patrocínios e de 60 a 80% de doações. 80% dos recursos do Fundo Nacional de Cultura serão destinados a projetos da sociedade não vinculados a copatrocinadores e ao Poder Público, combatendo a lógica de *marketing* e imagem da empresa (FUZIWARA, 2014).

Muitos grupos e coletivos de atores, alguns deles desde o período anterior à Ditadura (1964) mantiveram suas concepções e posições, questionando ao longo de sua existência a política cultural brasileira o importante legado tanto da luta pela democratização, quanto pela gestão municipal de São Paulo da Prefeita Luiza Erundina (1989-1992), com Milena Chauí no cargo de Secretária Municipal de Cultura, manteve os trabalhadores do teatro mobilizados. A gestão de Chauí que: “pautara as ações de política cultural pela noção de cultura como direito dos cidadãos, há de ter inspirado os artistas que naquele momento deram início às discussões sobre a cultura de São Paulo” (COSTA e CARVALHO, 2008, p. 20).

Um marco político nesse sentido foi o Manifesto Arte Contra a Barbárie, de maio de 1999, construído coletivamente e seus signatários são, principalmente, grupos de teatro formados entre os anos 80 e 90, mas também veteranos, como o grupo União & Olho Vivo, criado em 1966. A experiência demonstrava que o tipo de teatro que realizavam não interessava aos profissionais de marketing responsáveis pela destinação das verbas governamentais, visto que eram direcionadas ao orçamento publicitário de empresas (FUZIWARA, 2014). Sete meses após foi lançado o segundo Manifesto (1999), onde consta a avaliação sobre o direcionamento dos recursos públicos na área:

No setor privado os investimentos realizados, com raras exceções, beneficiaram os próprios investidores, aumentando seu patrimônio físico ou abatendo o imposto a pagar, sem, contudo, realizar nenhum papel social de fomento, circulação ou socialização do bem cultural (COSTA e CARVALHO, 2008, p. 24-25).

O terceiro Manifesto foi lançado em 26 de junho de 2000, concentrando-se nas críticas contra a renúncia fiscal, que possibilitou o uso de recursos públicos em interesse das empresas, avaliam, em termos de impacto, que “essa política não trouxe nenhum benefício à produção em geral: não barateou o preço dos ingressos, não ampliou o acesso aos bens culturais e, principalmente, não garantiu a produção continuada das Artes Cênicas” (FUZIWARA, 2014, p. 112).

No Terceiro Manifesto também reafirmam seu compromisso ético com a função social do ofício e da arte, avaliando que a produção artística vive uma situação de estrangulamento que é resultado da mercantilização imposta à cultura e à sociedade brasileira, cujo resultado a nação sente diariamente. É o aumento da violência e da selvageria.

O Movimento Arte Contra a Barbárie denunciava que o Fundo Nacional de Cultura, que deveria fomentar a produção artística que não se regia pela lei de mercado, não destinou os recursos para tal finalidade. Reivindicavam a criação de programas permanentes para artes cênicas nas três esferas e organizaram encontros públicos para o debate sobre política cultural, chamados de Espaços da Cena e sobre os fundamentos éticos do trabalho cênico (COSTA e CARVALHO, 2008).

Nesse processo, surgiu o Grupo de Trabalho para a elaboração de uma lei. Depois de realizar pesquisas sobre as legislações da Itália, Argentina e Canadá, o

grupo concluiu que a melhor alternativa era criar um instrumento municipal, que no caso da cidade de São Paulo, foi a Lei n. 13.279/2002 (Lei de Fomento ao Teatro).

A nova Lei tinha três objetivos estratégicos: assegurar a sobrevivência dos grupos de teatro; romper com a lógica neoliberal de ênfase à mercantilização e lucratividade da cultura; e aprofundar o debate sobre a função da arte. A Lei de Fomento ao Teatro foi promulgada em janeiro de 2002 e a articulação entre os grupos foi mantida. Seis grupos selecionados para receber recursos na primeira edição pactuaram quanto à destinação de parte do orçamento para a publicação de um jornal para manter a exposição das pautas do Movimento Arte Conta a Barbárie. Suas publicações manteriam o viés crítico, debatendo o sentido coletivo do fazer teatral, a crítica à cultura do favor, trabalho e sobrevivência. Encerram-se as publicações em dezembro de 2003, no sétimo número do Jornal (FUZIWARA, 2014).

Diferentes coletivos artísticos – do teatro, do hip-hop, do grafite, da literatura, dos saraus, entre outros, adotam um discurso ético-político, recusando-se à mera criação de temas (mercadorias) para sua atividade artística. Essa posição de enfrentamento ao mercado e à lógica empresarial é parte de seu projeto, diferentemente de grupos que adotam repertórios com conteúdo crítico, porque este já se tornou um produto viável junto ao mercado (FUZIWARA, 2014).

Dessa forma, o Movimento Arte Contra a Barbárie, embora encabeçado inicialmente pelos grupos de teatro, trouxe esse debate e provocou intensa movimentação na área cultural. Observando os grupos signatários do primeiro Manifesto na cena política, nas suas produções e participação social, percebe-se a atualidade de sua agenda. Esses coletivos continuam lutando contra as leis de incentivo fiscal mediante a renúncia fiscal, defendendo uma política permanente de cultura, como o direito do cidadão (FUZIWARA, 2014).

A PEC n. 150/2003 é uma proposta legislativa dos trabalhadores da cultura com a posição crítica em relação à mercantilização e privatização da cultura. Nessa PEC prevê-se o repasse anual de 2% do orçamento federal, 1,5% do orçamento dos Estados e do Distrito Federal e 1% do orçamento dos municípios, de receitas resultantes de impostos, para a cultura. Embora com discurso governamental de apoio à PEC, está tramita há anos, tendo parecer favorável pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) em 2005, e desde março de 2011 aguarda o cumprimento

do requerimento de diversos parlamentares para a inclusão na ordem do dia da Câmara dos Deputados. Simultaneamente, o Projeto de Lei do ProCultura foi aprovado na CCJC em 01 de abril de 2014, seguindo para o Senado. Em 17 de abril de 2014 foi aprovada no Senado Federal a Emenda n. 49, que inclui na Medida Provisória 627/2013, à qual põe fim à cobrança do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) sobre as atividades culturais oferecidas por grupos e artistas cooperados (FUZIWARA, 2014).

7 CULTURA E PODER: REFLEXÃO SOBRE O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO CAMPO CULTURAL BRASILEIRO

Segundo Campos (2007), certos aspectos da cultura brasileira, no sentido antropológico do termo, dos hábitos adquiridos e forjados no processo de construção do Brasil como nação, acabam por sabotar o pleno desenvolvimento do campo institucional voltado para a cultura, assentando na esfera das artes, memória e pensamento.

Não há de se enganar que os desgastes culturais existem, resultado da má engenharia ou fundação. No entanto, se materializam de outra forma: não é sem fundamento que o Brasil 520 anos após seu descobrimento, desponte como um dos países mais violentos do mundo, sem guerra formalmente declarada, seja civil ou contra estrangeiros. É o país contra ele próprio. Não se pode furtar à constatação de que esses índices resultam do desastre civilizatório e as políticas culturais são parte desse desastre, já que sua inexistência ou fraqueza, se não tem colaborado ao não conseguir exercer plenamente seus potenciais, não tem conseguido ajudar a minorar o processo de barbárie social em que o país está enredado, por escolha, omissão ou negligencia (CAMPOS, 2007).

Pode-se enumerar algumas características da cultura brasileira, em sentido antropológico reveladas no processo de descrever que constituem, como que freios ao amadurecimento das políticas públicas culturais no Brasil.

Aponta-se primeiro com caráter centralizador, autoritário e personalista do Estado brasileiro, concentrador da renda e poder que acabou provocando um apartheid social, a consolidação de privilégios das diversas elites, a privatização dos espaços públicos e o que talvez seja o mais grave, o distanciamento da política do cotidiano dos cidadãos e de sua qualificação devido à má intervenção e prática equivocada, seivada de personalismo, clientelismo, corporativismo e corrupção (CAMPOS, 2007).

No campo artístico-cultural o traço concentrador de poder político não permitiu que a sociedade participasse da construção de suas instituições, ao contrário, muitas vezes, ele freiou iniciativas agregadoras dos diversos segmentos artístico-cultural, fazendo com que a luta pelos benefícios ao campo como um todo se tornassem também corporativas, cada um cuidando de seu espaço, provocando divisões até dentro de um mesmo segmento. Talvez, devido ao distanciamento desta construção, quando as instituições são extintas, como o fechamento do teatro, de um centro cultural ou mesmo a desconstrução de todo o setor, não havendo uma permanente exigência de toda a sociedade para sua restituição em moldes até mais aperfeiçoados (CAMPOS, 2007).

Esse traço concentrador de poder e renda resultaram igual concentração das mais importantes instituições e infraestrutura culturais em uma única região, o Sudoeste tem, quando muito, na região Sul e nas capitais dos Estados. E não haveria lei de incentivo fiscal à cultura que altere ou compense esta situação por que ela não se resolve no Ministério da Cultura, mas na presidência da República, Congresso Nacional e no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, já que se trata da criação de mecanismos de distribuição de renda ligados a uma Reforma Tributária complementada por uma revisão do Pacto Federativo que a nação espera de longa data (CAMPOS, 2007).

Não há consumo sem renda, portanto, não há como generalizar a produção e fruição de bens e serviços culturais se a maior parte da população brasileira não conquista renda suficiente para se agregar a este circuito. Como comprar livros, ingressos de teatro, shows e cinema? Como se deslocar para conhecer museus, cidades históricas, visitar exposições? Essas são as perguntas que a maioria dos brasileiros que tem acesso à educação se faz, porque aqueles que não tiveram,

sequer questionam o direito de acesso a bens e serviços culturais, tamanha a necessidade dos insumos que garantam sua sobrevivência material, no mundo quase que da pura natureza (CAMPOS, 2007).

As cadeias produtivas do campo artístico – cultural no Brasil, só se desenvolvem plenamente nas regiões onde a população possui renda, porque há mercado. O Estado de São Paulo constitui uma realidade ímpar em termos de indústria cultural ou de uma economia da cultura, consolidando, cada vez mais, sua hegemonia no setor. Isso não significa que outras regiões não produzam bens e serviços culturais de qualidade, mas têm enormes dificuldades de aperfeiçoá-los, defini-los e comercializá-los, com vantagens no âmbito local, nacional e internacional (CAMPOS, 2007).

A concentração da renda estabelece limites para as leis de incentivo fiscal que pretendem aquecer o mercado cultural. Embora nacionais, as leis somente atingirão as regiões e grupos de maior poder aquisitivo, portadoras de uma base e cultura empresarial e industrial, com maior capital de formação e informação, de estabelecimento de redes políticas, com capacidade gerencial dos projetos e cujo produto final guarda maior conformidade com os interesses de propaganda das empresas patrocinadoras e, evidentemente, com gosto de mercado, nos seus diversos segmentos (CAMPOS, 2007).

Essa concentração das instituições e infraestrutura artístico-cultural no Sudeste, resquício do passado imperial brasileiro, atrasou a percepção de que arte e cultura se fazem nas cidades e é, portanto, nos diversos municípios que as políticas culturais devem voltar sua atenção e seu sentido de fomento: é lá que estão os artistas, é lá que se tece a memória local, onde se encontram os recursos/tesouros regionais e as soluções culturais e materiais e simbólicas (CAMPOS, 2007).

Um Ministério da Cultura localizado em Brasília, não pode, sozinho, dar conta das demandas por financiamento vindas de todo o Brasil, mas pode e deve auxiliar no suporte aos municípios, ajudando-os a fortalecer a consciência da necessidade de desenvolvimento dos potenciais locais, auxiliando no fomento à consolidação de infraestruturas culturais locais, do ponto de vista logístico, administrativo e político-econômico (CAMPOS, 2007).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação à proteção constitucional da cultura, na relação teoria e prática, a previsão da cultura de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), nota-se que esse direito não está sendo efetivo, pois embora exista a tentativa de incentivo o Estado deixa grande parcela dessa responsabilidade para a iniciativa privada; quando o Estado direciona seus recursos, preocupa-se mais com o desenvolvimento regional, nacional e com a manutenção da memória, do que com uma garantia e proteção ampla e realista dos direitos culturais e de acesso à cultura; quando o Estado tenta realizar projetos inseridos no âmbito cultural geral, ainda permanece num paradigma de supervalorização da cultura erudita. Nesse contexto, há necessidade de maior discussão sobre a cultura e sobre os grupos culturais. Há necessidade de envolvimento do Poder Público com os artistas, com os agentes culturais e com os cidadãos que consomem a cultura, pois são demandas diversas.

Ao somar o conceito de cultura e Direitos Humanos constitucionais como outras proteções, nem sempre há garantia de proteção à cultura segundo o conceito antropológico. Pois se as previsões constitucionais dos direitos à educação, desporto, cultura, produção artística e científica, entre outros, fossem eficazes – ou seja, se produzissem efeitos na realidade social, poderia se dizer que o conceito antropológico de cultura estaria acobertado pelas proteções previstas pelo Estado brasileiro.

Conclui-se que ainda há um distanciamento entre o discurso constitucional e a efetivação dos direitos à cultura, as previsões do Plano Nacional de Cultura são satisfatórias em garantir os direitos culturais e de acesso à cultura, assim, a dificuldade está em fazer cumprir esse plano em sua integralidade, já que a compreensão de cultura contemporânea e suas variadas formas de manifestação ainda não foram recepcionadas completamente pelos gestores públicos.

A sociedade se transforma e a cultura é efêmera, devendo a legislação dialogar com a realidade social no sentido de proteger mais efetivamente os direitos culturais na contemporaneidade. O amadurecimento dos conceitos e o reconhecimento da cultura popular, digital, de consumo, entre outras perspectivas, são fundamentais para gerar essa mudança na aplicação das políticas públicas direcionadas à cultura.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, P. **Considerações sobre o marxismo ocidental e nas trilhas do materialismo histórico**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLANK, Dionis Mauri Penning. **Possibilidade jurídica de dano moral coletivo pela destruição de bens culturais**: exame da jurisprudência estadual brasileira. [Dissertação]. Mestrado em Memória Social e Patrimônio Cultural. Universidade Federal de Pelotas/RS. 2012.

BOTELHO, Isaura. **Dimensões da cultura e políticas públicas**. São Paulo em Perspectiva. Vol. 15, n. 2, São Paulo, 2001.

BRASIL. Ministério de Educação e Cultura. **LDB – Lei nº 9394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. Brasília: MEC, 1996.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: **Lei federal nº 8069**, de 13 de julho de 1990.

CAMPOS, Ana Cristina**. A cultura tem poder**: uma reflexão sobre o processo de institucionalização do campo cultural brasileiro. [Dissertação]. Universidade de Brasília. 2007.

CEVASCO, Maria Elisa. **Dez lições sobre estudos culturais**. São Paulo: Boitempo, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

COUTINHO, Andréa Senra; OLIVEIRA, Bruna Tostes de. Direito à arte é direito de conhecer arte, produzindo arte. **Educ. Foco**. Juiz de Fora. Edição Especial. 2015.

COSTA, I. C.; CARVALHO, D. A. **A luta dos grupos teatrais de São Paulo por políticas públicas para a cultura**. Os cinco primeiros anos da lei de fomento ao teatro. São Paulo: CPT, 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direito culturais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural**. n. 11. São Paulo: Itaú Cultural, 2011.

CURY, Carlos Roberto J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença, **Cadernos de Pesquisa**. n. 116, julho/ 2002.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. 2. ed. Trad. Sandra Castello Branco. São Paulo: UNESP, 2011.

HORTA, José Silvério B. Direito à educação e obrigatoriedade escolar. **Cadernos de Pesquisa**. n. 104, Jul. 1998.

HULLOT-KENTOR, R. ***Introduction to T. W. Adorno's "The Idea of Natural-History***. Things Beyond Resem-blance. New York: Columbia University Press. 2006:234-252.

JAMESON, Fredric. **Marxismo e forma**. São Paulo: Hucitec, 1985.

JAY, M. **As ideias de Adorno**. São Paulo: Cultrix/Ed, 1988.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 24 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LIMA, L.; OTELLADO, P.; SOUZ, V**. O que são políticas culturais?** Uma visão crítica das modalidades de atuação do Estado no campo da cultura. IV Seminário Internacional de Políticas Culturais. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 2013.

LUKACS, Giörgy. P. ***Il giovane Marx***. Roma: Riuniti, 1978.
MACIEL, Louise Claudino. **Arte e emancipação em Theodor W. Adorno**. Universidade Federal de Pernambuco. 2011.

MARIANO, André Luiz Sena M. **O materialismo cultural de Raymond Williams**: aproximações às pesquisas sobre história do currículo e da profissão docente. Revista Eletrônica de Educação, v. 10, n. 2, p. 332-344, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais**. Universidade de Lisboa. 2006.

NASCIMENTO, Rafael Baioni do. **Cultura e emancipação através de T. W. Adorno**: formação e arte. [Dissertação]. Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010.

OLIVEIRA, Danilo Junior de. **Direitos culturais e políticas públicas**: os marcos normativos do Sistema Nacional de Cultura. [Tese]. São Paulo: USP. Faculdade de Direito. 2014. 162p.

PEREIRA, Daniele Prates; PINZAN, Rômulo Marcelo. **Direito à cultura**: a necessidade de compreensão conceitual jurídica para sua garantia e implementação através de políticas públicas. 2014. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-26042015-114711/publico/integral.pdf>. Acesso em 30 Nov 2019.

PIANCÓ, Sheilla. O direito de acesso à cultura e a constituição federal. **Observatório da Diversidade Cultural**. 2011.

SALDANHA, Nuno. **Arte popular, arte erudita e multiculturalidade**. Influências, confluências e transculturalidade na arte portuguesa. 2014.

SANTAELLA, Lucia. **Culturas e artes do pós-humano**: da cultura das mídias à cibernética. São Paulo: Paullus, 2008.

SANTOS, Alexandre Aguiar dos. **Direitos Humanos e emancipação** [tese]: uma aproximação a partir da ontologia lukasiana. Florianópolis. 2011. 202p.

VARELLA, Guilherme Rosa. **Plano Nacional de Cultura**: elaboração, desenvolvimento e condições de eficácia. [Dissertação]. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

WILLIAMS, Raymond. Base e superestrutura na teoria cultural marxista. **Revista USP São Paulo**. n. 65, março/ maio, 2005, p. 210-224.

WILLIAMS, Raymond. **Marxismo e literatura**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

Capítulo IV

O ESTUDO DO DEPOIMENTO ESPECIAL COMO MÉTODO DE INQUIRIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL

Carolina de Souza Lopes*

Fabiano de Mello Vieira**

1 INTRODUÇÃO

O abuso sexual praticado contra criança e adolescente é um crime que vem aumentando, infelizmente, ano após ano. Tal afirmação se faz evidente com os números extraídos do Boletim Epidemiológico fornecido pelo Ministério da Saúde, relativo aos abusos cometidos a nível nacional com dados anuais. Diante dessa prática, resta claro que os princípios constitucionais que protegem o indivíduo são violados brutalmente, bem como a Dignidade da Pessoa Humana, encontrado no Artigo 1°, inciso III da Constituição Federal de 1988, onde determina ao ser humano uma vida minimamente digna. Importante salientar que existe legislação específica para resguardar o direito da vítima infantil - pois deve-se levar em consideração sua fase de desenvolvimento - bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que no seu inteiro teor tem por objetivo principal proteger a integridade física e psíquica do infanto.

* Bacharel em Direito pela Fundação de Estudos Sociais (FESP).
E-mail: carolinalopesadv1@gmail.com
** Doutor em Filosofia pela PUCPR. É professor da Fundação de Estudos Sociais (FESP) e na PUCPR. E-mail: mello_psico@hotmail.com

Embora a legislação garanta a proteção da criança e do adolescente, ainda assim ocorrem casos de transgressão da lei caracterizados como abuso sexual. Na maioria das vezes o crime é cometido em segredo, sem deixar vestígios, e a palavra da vítima em juízo merece maior valoração, pois, dada as ocasiões é a única prova possível a ser produzida. Em razão da complexidade que envolve tal crime, foi preciso questionar a abordagem que o judiciário realizava as oitivas.

Nesse sentido, o magistrado José Antônio Daltoé Cezar, observou que haviam dificuldades por parte dos profissionais no momento da colheita do depoimento, e buscou uma solução inovadora chamada de Projeto de Depoimento Sem Dano, conhecido atualmente na legislação e na doutrina como Depoimento Especial, respeitando os princípios do contraditório e ampla defesa.

A modalidade inovadora de oitiva da vítima no momento da inquirição tem por objetivo central um toque mais humanizado, buscando a redução do dano durante a produção de provas em processos. Portanto, além da proteção integral da criança e do adolescente vítima de abuso sexual, a oitiva especial busca a não revitimização[1] determinando quando possível, a escuta do depoimento da vítima uma única vez, evitando assim novos danos psíquicos e a potencialização do trauma.

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo abordar a questão do abuso sexual desde seu viés como violação do princípio da dignidade humana até a utilização do depoimento especial como metodologia privilegiada na Vara de Infrações Penais Contra Criança, Adolescente e Idosos e Infância e Juventude na cidade de Curitiba no Estado do Paraná. Para tanto, procurar-se-á, através de um recorte psicanalítico, compreender o o abuso sexual em si; a construção da personalidade do indivíduo; o trauma psíquico pós-crime e a dupla vitimização.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A problemática do abuso sexual vem sendo estudada constantemente, tendo em vista o aumento das denúncias do crime a nível nacional e mundial. Desse modo,

[1] Trata-se do processo de dupla vitimização que ocorre quando a vítima tem que narrar o fato ocorrido para inúmeros profissionais do poder público e inevitavelmente reviver a crueldade ocorrida.

para compreender o abuso sexual no texto da legislação, é primordial que se aprofunde na explicação de um princípio constitucional conhecido como a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, Barroso (2018, p. 152) explana que somente após a segunda guerra mundial que a dignidade passou a ter consenso ético para assim ser materializado em documentos, conforme resta demonstrado:

> O constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana. Após a Segunda Grande Guerra, a dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições. Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções. Isso tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controvertidas.

Ocorre que a utilização desse princípio na época se fez tão banal que os doutrinadores, forçadamente, tiveram que definir sua natureza jurídica e conteúdo (BARROSO, 2018). Sendo assim, Barroso (2018, p. 152) afirma que esse valor fundamental - seja político ou moral - entra no universo do Direito como forma de princípio. Restou então um valor fundamental onde o princípio jurídico tem status constitucional, conforme acena o trecho do autor Barroso (2018, p. 152):

> Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de *status* constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, destaca o autor Sarlet (2004, p. 68) que no ordenamento jurídico positivado a proteção e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana não deve ser feito apenas onde o Direito impera, no sentido de que o princípio não deve ficar apenas no campo das ideias, sem utilização. Desse modo, depende exclusivamente da realização efetiva dessa proteção e amparo nas situações cabíveis, de acordo com palavras do autor Sarlet (2004, p. 68):

> De outra parte, ao destacarmos o reconhecimento da dignidade da pessoa pela ordem jurídico-positiva, certamente não se está afirmando – como já acreditamos ter evidenciado - que a dignidade da pessoa humana existia apenas onde e a medida que seja reconhecida pelo Direito. Todavia, do grau de reconhecimento e proteção outorgado a dignidade da pessoa por cada ordenamento jurídico-constitucional e pelo Direito Internacional, certamente ira depender sua efetiva realização e promoção [...].

Então os órgãos e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio, vez que é de obrigação do Estado prevenir ingerências na esfera individual. Sendo assim, Sarlet (2004, p. 69) afirma que o Estado deve proteger a dignidade pessoal contra agressões de terceiros, particulares.

3 A PREVISÃO LEGAL NOS CASOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Uma vez conceituado o princípio da dignidade da pessoa humana é possível adentrar a legislação Brasileira e vislumbrar que as leis referentes ao crime de abuso sexual estão norteadas por esse princípio. Na Constituição Federal de 1988 no Título I, Artigo. 1° consta um rol de direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana está elencado em seu inciso III.

Já no Artigo. 227 da Constituição Federal de 1988 o legislador define como obrigação do poder familiar, da sociedade e do Estado a função de assegurar à criança, adolescente e ao jovem condições mínimas necessárias para uma vida digna, com elementos importantes, tais como alimentação, educação, proteção, conforme explana Liberati (2004, p. 15) no trecho abaixo:

> É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo, segundo, porque se contrapõe à teoria do ‘’Direito tutelar do menor’’, adotada pelo código de Menores revoado (Lei 6.697/79), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medias judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2°da antiga lei.

Nesse interim no dia 13 de julho de 1990 foi sancionada a Lei Federal 8.069 a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA (BRASIL, 1990), sendo uma medida inovadora e adota uma doutrina de proteção integral ao infanto. Essa nova visão é norteada pelos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, pois em condição de desenvolvimento necessitam de proteção diferenciada e especializada (LIBERATI, 2004). Sendo assim, o legislador definiu como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e como adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade, conforme Artigo 2° do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Nesse cenário o Artigo. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente remete ao Artigo. 227 da Constituição Federal, pois, determina que a família e posteriormente o Estado e sociedade devem – em grau de prioridade – assegurar o infanto-juvenil. Nas palavras do autor Liberati (2004, p. 60):

> É dever de todos prevenir ocorrência de ameaça ou violação desses direitos (art. 70). Essa prevenção deverá garantir todos os direitos infanto-juvenis, pela adoção de medias e programas de atendimento que evitem a marginalização, a discriminação e a caracterização da situação de risco pessoal.

Em consonância o Código Penal, em seu Artigo 217-A, prevê que ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, estará sujeito a pena de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos (BRASIL, 1940).

Já no capítulo II do Estatuto da Criança e do Adolescente existem determinações das medidas de proteção do crime de abuso sexual, tais como as que constam no Artigo. 101, §2° onde é possível visualizar as medidas emergências para a proteção das vítimas (BRASIL, 1990). Para Liberati (2004, p. 60) as medidas de proteção surgem exatamente quando esses direitos forem ameaçados ou violados, sendo então possível reestabelecer a regularidade da situação anterior ao crime. Em harmonia ao Artigo. 130 do ECA (BRASIL, 1990), aduz o legislador que na hipótese do crime no centro familiar a autoridade judiciária deve interferir e determinar medida cautelar e afastamento do agressor da moradia comum, conforme artigo abaixo:

> Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) possui um público específico e o legislador se viu obrigado a instituir essa lei no ordenamento jurídico. Contudo a mentalidade da sociedade brasileira está habituada a se omitir diante das injustiças de que são vítimas crianças e adolescentes (CURY, 2003). Entretanto, quando houver opressão e abandono a lei será respeitada dando lugar à justiça, amor e solidariedade, de acordo com o relato de Cury (2003, p. 17):

> A lei há de contribuir para a mudança de mentalidade na sociedade brasileira, habituada, infelizmente, a se omitir diante das injustiças de que são vítimas crianças e adolescentes. O respeito à lei fara que a opressão e o abandono deem lugar a justiça, à solidariedade e o amor[...] Na medida em que a sociedade brasileira praticar este Estatuto, estará superando a tentação do ter, do prazer e do poder para descobrir a dignidade da pessoa humana e a força do relacionamento fraterno que nasce da gratuidade do amor.

Com efeito, o fato de o legislador ter criado norma específica para a criança e o adolescente deixa evidente quão vulneráveis esses indivíduos são e, portanto, necessitam de proteção e segurança de forma redobrada. Nesse sentido, a legislação especial – ECA (BRASIL, 1990), coloca o infanto como sujeito de direito, já mencionado anteriormente. Vale lembrar que essas crianças e adolescentes estão em fase de intenso desenvolvimento psicológico, físico e moral e devem ser tratados com solidariedade e manejo específico.

4 O ABUSO SEXUAL CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL

Para que se tenha uma visão mais ampla dos casos de abuso sexual em números, porcentagem e perfil serão utilizados os dados contidos no Boletim Epidemiológico instituído pelo Ministério da Saúde. O boletim é editado pela Secretaria de Vigilância em Saúde, tem caráter técnico-científico e é divulgado por meio de publicação, tem formato eletrônico, contendo acesso livre com periódicos

mensais e semanais. Tal boletim tem o intuito de promover vigilância e dar publicidade às informações quantificadas para a população e orientar sobre a Saúde Pública no país. As descrições acontecem por monitoramento de eventos, tais como doenças com potencial de emergência, surtos e outros temas inerentes a Vigilância em Saúde para o Brasil, visto que os casos de violência sexual contra criança e adolescente se enquadram no Boletim Epidemiológico.

Os resultados apresentados no Boletim Epidemiológico, volume 49, referente a junho de 2018, faz uma análise ampla dos casos de abuso sexual no período de 2011 e 2017 em todo o Brasil. Os dados apresentados referem- se às notificações realizadas no Sistema de Informações de Agravos de Notificação e chegam a marca de 1.460.326 casos de violência interpessoal ou autoprovocada, totalizando 219.717 (15,0%) notificações contra crianças e 372.014 (25,5%) contra adolescentes, ou seja 40,5% dos casos notificados nesses dois cursos de vida. Desta feita, foram notificados 184.524 casos de violência sexual sendo 31,5 % contra crianças e 45,0% contra adolescentes e nesses dois cursos de vida 76,5% de casos notificados. Na comparação nos anos de 2011 e 2017 houve um aumento geral de 83,0% nas notificações de violência sexual e um aumento de 64,6% e 83,2% nas notificações de violência sexual contra criança e adolescentes, respectivamente (MS, 2018).

De acordo com o boletim do Ministério da Saúde, a avaliação das características sociodemográficas de crianças vítimas de violência sexual mostrou que 43.034 (74,2%) eram do sexo feminino e 14.996 (25,8%) eram do sexo masculino, totalizando 51,2% os quais estavam na faixa etária entre 1 e 5 anos. Os dados revelam ainda que 45,5% eram da raça/cor de pele negra e 3,3% possuíam alguma deficiência ou transtorno. Já os dados por regiões indicam uma incidência de 40,4% na região Sudeste, seguida de 21,7% na região Sul e 15,7% na região Norte. Entre crianças do sexo feminino com idade entre um e cinco anos, as notificações de violência sexual se deram em 51,9%, e 42,9% para crianças com idade entre seis e nove anos. Quanto a porcentagem de 46,0% em face de raça/cor da pele negra, as notificações se concentraram nas regiões Sudeste (39,9%), Sul (20,7%) e Norte (16,7%). Entre as crianças do sexo masculino pontua-se que 48,9% encontra-se na faixa etária entre um e cinco anos, 48,3% entre seis e nove anos, 44,2% eram da raça/cor da pele negra, e as notificações se concentraram nas regiões Sudeste (41,8%), Sul (24,6%) e Norte (12,7%) (MS, 2018).

Com os dados apresentados, pode-se verificar que o maior número abusos ocorreu contra meninas, em idade entre um e cinco anos. Já nas notificações de abuso sexual contra criança por idade entre seis e nove anos, os números apresentaram os meninos como maiores alvos dos abusadores.

No caso de adolescentes o boletim epidemiológico apontou que 76.716 (92,4%) eram do sexo feminino e 6.344 (7,6%) eram do sexo masculino. Por faixa etária de um total de 67,8% estavam entre dez e quatorze anos, 55,5% eram de raça/cor negra, 7,1% possuíam alguma deficiência ou transtorno e as notificações se englobavam nas regiões de Sudeste (32,1%), Norte (21,9%) e Sul (18,8%). As adolescentes do sexo feminino estavam na faixa etária de dez e quatorze anos, 56,0% eram de raça/cor da pele negra, 6,3% possuíam alguma deficiência ou transtorno e as notificações se concentraram nas regiões Sudeste (31,4%), Norte (22,6%) e Sul (18,4%). Já no caso dos adolescentes do sexo masculino, 75,9% estavam na faixa etária entre dez e quatorze anos, 49,9% eram da raça/cor da pele negra, 17,0% possuíam alguma deficiência ou transtorno e as notificações se concentraram nas regiões Sudeste (41,0%), Sul (23,5%) e Nordeste (14,0%) (MS, 2018). Os números demonstrados nesse parágrafo, revelaram que a maior porcentagem de abusos contra adolescentes, se concentra no sexo feminino, em idade entre dez e quatorze anos. Portanto, em análise geral, conclui-se que independente de idade, seja criança ou adolescente as meninas são as maiores vítimas desse crime.

5 O ABUSO SEXUAL NA PERSPECTIVA PSICANALÍTICA

As desordens de origem psíquica relacionadas ao abuso sexual podem ser compreendidas através da psicanálise. Sigmund Freud, criador da psicanálise, estudou de forma profunda o impacto da sexualidade no sujeito. Nesse contexto, a experiência do abuso sexual pode afetar o desenvolvimento cognitivo, ativo e social das crianças, entretanto, cada indivíduo reage de uma maneira específica ao fato ocorrido (COGO et al., 2011).

Os diversos fatores associados ao abuso sexual devem ser considerados, visto que, contribuem para o desenvolvimento de consequências psicológicas severas para as crianças e, se não forem tratadas, podem perpetuar por toda a vida. As

consequências do abuso podem estar relacionadas a sequelas a curto prazo tais como, problemas de ajustamento sexual, preocupação excessiva com assuntos sexuais, aumento das atividades masturbatórias, entre outros, de modo a fazer com que a criança sinta-se incapaz de controlar as demandas sexuais apresentando certo desespero (COGO *et al.*, 2011).

Nesse ínterim tais mudanças repentinas podem ser reveladas quando se observar distúrbios alimentares e afetivos, comportamentos agressivos ou de autodestruição, pesadelos, medo, perda de interesse pelos estudos e brincadeira, baixa auto-estima, fugas de casa, uso de álcool e drogas entre outras (ADED *et al.*, 2006). Com efeito, as esferas física e cognitiva também apresentam alterações significativas nos casos de abuso.

Há um consenso entre as diversas abordagens psicológicas que versam sobre o desenvolvimento humano que a o abuso sexual tem efeitos nocivos no desenvolvimento psíquico da vítima. Entre elas, a psicanálise se apresenta como uma importante teoria explicativa para as consequências do abuso, bem como para o entendimento da representação da sexualidade de um modo geral para cada sujeito.

A psique humana é regida por alguns princípios que são entendidos como relevantes para interpretar os impactos internos de um abuso sexual. Trata-se dos princípios do prazer e da realidade que apresentam ainda um elemento fundamental chamado “fantasia”, nesse sentido o princípio do prazer se conceitua como um direcionamento de energia ou uma descarga pulsional que tem por alvo atingir a satisfação desejada, entretanto, essa satisfação não será atingida completamente, seja por frustações internas ou questões socioculturais (BERGERET, 1998).

Sendo assim, é nesse lapso imperceptível de tempo que o princípio da realidade se manifesta, impedindo que o sujeito desobedeça a questões éticas e morais, com objetivo de atingir a satisfação interna almejada. Por fim, a fantasia designa a imaginação, o mundo imaginário, os conteúdos, a atividade criadora que o anima. Freud não distingue com precisão as fantasias inconscientes das fantasias conscientes, entretanto afirma que sua origem é inconsciente e seu o objetivo é possibilitar que, quando a satisfação real não aconteça, essa possa ser tratada imaginariamente alcançando assim um objetivo semelhante (LEITE, 2015).

Nos casos do crime de abuso sexual é importante aprofundar o conceito de fantasia para compreender melhor tanto o indivíduo que é vítima dessa violação quanto o próprio comportamento do abusador. No decorrer dos estudos freudianos, a fantasia seria a oposição entre o subjetivo e o objetivo, em uma linha tênue entre o princípio do prazer, pela ilusão, e o princípio da realidade o qual induz a formação de uma nova atividade do pensamento: a produção de fantasias (SALES, 2002). Trata-se, portanto, de uma atividade que é submetida ao princípio do prazer e distante de qualquer exigência do mundo externo (SALES, 2002).

Posto isso, Freud afirma que na fantasia, o sujeito perpetua uma sensação de liberdade a qual teve que ser renunciada em função da realidade, desse modo o sujeito com seu mundo de exigências pulsionais, depara-se com outro mundo, que não satisfaz aquelas exigências e nesse conflito nasce a fantasia como construção do inconsciente (SALES, 2002). Freud destaca a ocorrência de três fantasias, dentre elas, a observação do coito dos pais, a sedução por um adulto, a ameaça de ser castrado e algumas vezes a fantasia de retornar ao útero materno (SALES, 2002).

Portanto, mesmo a fantasia não sendo ‘’real’’, os diferentes componentes estiveram presentes na infância do sujeito. Freud postula que existe a recorrência das fantasias por um determinante filogenético, quando a criança não pudesse dar conta de elaborar questões de seus movimentos pulsionais, buscaria nos acontecimentos vividos, frente aos seus ancestrais, elementos que favorecessem a construção de suas fantasias (SALES, 2002). Dessa forma, a criança se utiliza dos acontecimentos na vida de seus pais para suprimir os vazios da verdade individual (SALES, 2002).

Segundo Nasio (2007, p. 12), a fantasia não é considerada um devaneio, ao menos um monologo interior, se trata de uma cena que não se vê mentalmente, mas cujos efeitos são sentidos de forma emocional sem saber a causa da emoção. A fantasia tem papel fundamental na construção da teoria psicanalítica e estabelece relação intima com a chamada teoria da sedução. Freud se deparou com um grande desafio em abandonar suas formulações da cena da sedução para substituir a crença, na realidade desta cena, pela suposição de que a sedução seria (muitas vezes) uma construção, em termos de fantasia, do próprio sujeito. As explicações freudianas baseavam-se na ideia central de que a ação traumática podia ser desmembrada em dois acontecimentos principais ocorridos em tempos distintos (NASIO, 2007). Dessa

forma, o primeiro destes acontecimentos seria a cena da sedução, quando a criança diante de um comportamento sexual de um adulto esta não experimenta excitação sexual e, portanto, não reage por meio da defesa, portanto tal cena só seria sexual a partir do lugar do adulto perverso (SALES, 2002).

O abandono da teoria da sedução por Freud, se deu pelo fato de considerar a fantasia como uma expressão secundária da realidade, de fatores biológicos da sexualidade infantil (SALES, 2002). Portanto, se reforça o fato de que existe grande possibilidade de a criança relatar situações de abuso sexual de forma lúdica, conforme mencionado acima.

Não obstante, o relato fantasioso da criança pode conter bem mais detalhes e verdades do que aparenta. Vejamos a importância de uma escuta especializada - com profissionais bem preparados - quando o sistema judiciário se depara com uma demanda contendo essas características. Deve ser levado em consideração, o que consta nas entrelinhas no relato do infanto, ou seja, o que está no próprio inconsciente.

6 O TRAUMA PSÍQUICO

Conforme D'Andrea (1987, p. 162) relata, o trauma é o resultado de toda a estimulação incidindo sobre o indivíduo com tal intensidade que não pode ser adequadamente controlada ou metabolizada. No decorrer da vida de uma pessoa ela está sujeita a passar por situações, mais ou menos traumáticos conforme os dispositivos de defesa desenvolvidos. Nas sucessivas fases do desenvolvimento, bem como o nascimento, o desmame, o controle dos esfíncteres e o complexo de Édipo, o psiquismo é bombardeado por situações que podem se fixar como sendo traumáticas.

A vulnerabilidade do indivíduo se estabelece sempre que o ego não consegue utilizar-se de defesa adequadas que inibam os efeitos traumáticos da ocorrência. Cada vez que um estímulo de relatividade intensa se manifesta e é reavivado o trauma, a pessoa a tende a reagir de forma estereotipada com uma predisposição psicogenética. Conforme acena o trecho abaixo do autor D'andrea (1987, p. 162).

> Um trauma é o resultado de toda a estimulação incidindo sobre o indivíduo com tal intensidade que não pode ser adequadamente controlada ou metaboliza. A vida de uma pessoa é um suceder de eventos que podem ser mais ou menos traumáticos conforme os dispositivos de defesa. O nascimento, o desmame, o controle dos esfíncteres, o complexo de Édipo são algumas das ocorrências que bombardeiam o psiquismo infantil, nas sucessivas fases do desenvolvimento, produzindo normalmente ansiedade. A vulnerabilidade do indivíduo se estabelece sempre que o ego não consegue, num determinado espeço de tempo, utilizar-se de defesas adequadas que inibam os efeitos traumáticos da ocorrência. Assim, com uma predisposição psicogenética, a pessoa no decorrer da vida, tendera a reagir de forma estereotipada cada vez que um estímulo de relativa intensidade reaviva a 'lembrança' do trauma.

Muitas crianças e adolescentes de ambos os sexos são vítimas de agressões sexuais por parte de adultos. Como a personalidade e o ego não estão totalmente desenvolvidos para discernir os fatos, a agressão transforma- se num trauma do qual o indivíduo custa a se livrar. A principal consequência e o temor de vir a sofrer novamente e eventualmente ter uma frieza sexual é a associação entre sexo e agressividade. Portanto, quando existe a relação sexual o indivíduo tem a sensação de ter sido usado como objeto e a possibilidade de associar amor com sexo torna-se remota (D'ANDREA, 1987).

No decorrer de sua obra de D'Andrea (1987, p. 163) cita o exemplo de um menino de cinco anos o qual foi ludibriado por um vizinho, adulto, que o convidou para ver uns brinquedos na garagem de sua casa e quando chegou ao local o vizinho exibiu seu pênis ereto. Obviamente, o menino se assustou e saiu às pressas, então passou a desejar observar genitais masculinos chegando muitas vezes a solicitar às pessoas que os exibissem. Quando o menino atingiu a idade de vinte anos, procurou ajuda de um psiquiatra e percebera que a situação traumática tinha caráter repetitivo (D'ANDREA, 1987). Para Freud a tendência de repetir uma experiência traumática é efeito de uma das propriedades dos seres humanos que é a repetição compulsiva. Portanto, quando o indivíduo perde o controle de uma excitação, motivada por um trauma, o mesmo procura reviver continuamente a experiência traumática, sempre sobrevivendo a ela até que possa dominá-la (D'ANDREA, 1987).

Toda essa explanação acerca do desenvolvimento do psiquismo e da relação estabelecida entre o corpo biológico e o desenvolvimento subjetivo que desencadeia, entre outras coisas, o surgimento de um corpo erógeno, reforçam a importância que se deve dar a um desenvolvimento psicossexual saudável, livre – na medida do

possível – de traumas. É nesse sentido que surge o depoimento especial como uma ferramenta fundamental para se ouvir a criança e o adolescente em situação de abuso de modo a minimizar os aspectos traumáticos inerentes à própria situação.

7 DO DEPOIMENTO ESPECIAL

O estudo do depoimento especial é um método inovador no que tange a oitiva de vítimas nos casos de abuso sexual contra criança e adolescente.

O magistrado José Antônio Daltoé Cezar (2007, p. 59-60) idealizador do projeto "Depoimento Sem Dano", assumiu a magistratura no ano de 1988 na Vara Criminal. A partir das atribuições necessárias para o exame de vários delitos previstos no ordenamento jurídico nacional, o magistrado notou que haviam dificuldades no momento de inquirir as vítimas em juízo ante a inadequação dos meios físicos e humanos utilizados pela justiça criminal, uma vez que as informações prestadas na fase policial não se confirmavam em Juízo.

Sendo assim, a situação descrita ocasionava constrangimento para todos que participavam do ato solene, principalmente para as crianças e adolescentes apontados como abusados. Desde então Cezar (2007, p. 60) procurou auxílio nos conhecimentos de psicologia e psicanálise, pois estava ciente dos problemas existentes e, dessa maneira, visualizou a possibilidade de incluir outros profissionais no momento da inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.

O objetivo do projeto se concentra em tirar as vítimas de abuso sexual infantil do ambiente formal da sala de audiências e transferi-los para uma sala especialmente projetada, devidamente equipada com vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventuários da justiça. Desse modo os depoimentos seriam realizados de forma mais tranquila e profissional, tendo em vista o ambiente mais receptivo com a intervenção de técnicos previamente preparados, evitando perguntas inapropriadas e agressivas (CEZAR, 2007).

Após o depoimento – gravado integralmente – esse é copiado a um disco e juntado na contracapa do processo, possibilitando as partes e ao magistrado de rever o depoimento e afastar eventuais dúvidas, até mesmo em sede recursal, para que os

julgadores consigam ter acesso as emoções nas declarações as quais jamais seriam passiveis de serem transferidas para um papel (CEZAR, 2007). Portanto, os procedimentos acima narrados, alcançam três princípios fundamentais do projeto, tais quais, a redução de dano durante a produção de provas, a garantia integral dos direitos da criança e adolescente e por fim a melhoria na produção de prova produzida (CEZAR, 2007). A oitiva gravada possibilita rever quantas vezes for necessário o depoimento, sem que a vítima seja intimada a ir em juízo novamente (CEZAR, 2007).

A primeira audiência especial do depoimento sem dano ocorreu no dia 06 de maio de 2003, em processo por ato infracional que tramitou perante a 2° Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre. Na ocasião percebeu-se de imediato tamanha tranquilidade da vítima – antes, durante e após o depoimento – e também a forma conveniente de realizar a inquirição. É importante salientar que desde abril de 2003 até dezembro de 2005, quando o projeto completou trinta e dois meses de funcionamento, foram realizados na 2° Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, 398 inquirições, sendo 55 no ano de 2003, 138 no ano de 2004, e 205 no ano de 2005 (CEZAR, 2007). Os números elencados demonstram que o projeto desde o início surtia o efeito almejado. Nesse sentido, Cezar (2007, p. 67) afirma que é de grande importância que o técnico entrevistador, assistente social, psicólogo, facilite o depoimento da criança e tenha habilidade em ouvir, paciência, empatia e disposição para acolhimento. Desse modo para que o depoimento seja realizado com sucesso, tanto para o bem-estar da vítima e qualidade da prova produzida, o técnico tenha experiência em perícias, pensamento hábil e articulado que permita a fácil interação de todos que estão a participar da audiência (CEZAR, 2007).

Nesse ínterim a dinâmica do depoimento sem dano busca a redução do dano durante a produção de provas em processos, onde a vítima ou testemunha seja criança ou adolescente. Sendo assim, faz-se necessário a valoração de sua palavra, respeitando a condição de pessoa em desenvolvimento (CEZAR, 2007). Portanto, o acolhimento inicial deve ter duração de aproximadamente quinze a trinta minutos, quando se inicia a etapa com intimação do responsável pela criança ou adolescente para o comparecimento em audiência, com antecedência de trinta minutos ao seu início, e serão acolhidas por psicólogo. Tal medida visa evitar o encontro da vítima com o réu, ainda que rapidamente, pois dessa maneira será reduzida as chances de um abalo psicológico antes da oitiva (CEZAR, 2007). Posteriormente o técnico presta

esclarecimentos à criança e ao responsável sobre os papeis a serem desempenhados em audiência, pelo magistrado, promotor de justiça, advogado e técnico depoente. Ainda, nesse primeiro momento o técnico tem a oportunidade de conhecer a linguagem expressiva da criança (CEZAR, 2007).

Em virtude dos fatos mencionados existem alguns aspectos práticos para o depoimento sem dano, dentre eles que todos os técnicos devem compreender a dinâmica do abuso sexual, pois durante o procedimento deve- se passar para a criança a ideia de que a responsabilidade do fato é do adulto. Estar atento ao desconforto que a vítima sente no momento da inquirição; procurar saber sobre o perfil familiar em que a criança ou adolescente estão inseridos, familiarização com as normas legais dentre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal; observar o tempo decorrido entre o fato abusivo e o momento da oitiva por questões de memória; adequar o vocabulário para ouvir a criança; estudar previamente o processo; verificar indicadores de que a vítima estaria sob coerção ou coação para o depoimento; estabelecer um protocolo mínimo com a criança e adolescente e, por fim, compreender o estágio de desenvolvimento da criança e adolescente no aspecto emocional, social e físico (CEZAR, 2007).

Logo, no acolhimento final da pratica do depoimento sem dano, diferente de uma audiência tradicional que ao final da inquirição a vítima é dispensada e não mantém mais qualquer contato com o sistema judiciário, o técnico permanece trinta minutos pós-audiência com a criança ou adolescente e sua família, realizando a devolução do depoimento. Ainda, o técnico realiza intervenções tais como encaminhamento para atendimento junto à rede de proteção, podendo realizar conversa a respeito dos sentimentos de tristeza, raiva, culpa, vergonha, e identificar através desses aspectos como a família está lidando com os conflitos familiares (CEZAR, 2007).

Todo esse procedimento final tem o intuito de mostrar para a vítima que ela não foi somente um objeto fim para o processo judicial, mas que ela tem grande importância e rede de apoio disponível (CEZAR, 2007).

Após essa iniciativa inovadora e humanizada no poder judiciário, o projeto do “Depoimento Sem Dano” passou a ser obrigatório em todas as comarcas do país, e atualmente institucionalizado de acordo com a Lei 13.431/2017, com autoria da

Deputada Maria do Rosário. Tal iniciativa que teve origem na Vara Criminal de Porto Alegre, desde então tem base legal para aplicabilidade. Sendo assim, em consonância, o Artigo 11° Lei 13.431/2017 resguarda a intimidade da vítima, determinando que a oitiva seja realizada uma única vez, nos casos possíveis, vejamos:

> Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.
> § 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:
> I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;
> II - em caso de violência sexual.
> § 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

Ademais, a Lei 13.431/2017 em seu Artigo 14° caput, determina a total segurança e acessibilidade a vítima, segue:

> Art. 14. As políticas implementadas nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde deverão adotar ações articuladas, coordenadas e efetivas voltadas ao acolhimento e ao atendimento integral às vítimas de violência.

Por fim, Cezar (2007, p. 113) afirma que o Processo Penal está se modificando, principalmente na função da interdisciplinaridade, tratando-se de uma obrigação dos operadores do Direito em adaptarem técnicas jurídicas relacionadas às necessidades sociais. Sendo assim, se faz necessária as diferentes visões para se chegar a um resultado inovador e efetivo. Portanto, resta evidente que a Lei 13.431/2017 teve uma contribuição brilhante do projeto elaborado pelo magistrado José Antônio Daltoé Cezar, o qual teve uma visão ímpar acerca das necessidades apresentadas pelas vítimas de abuso sexual infantil.

8 O DEPOIMENTO ESPECIAL NA VARA DE INFRAÇÕES PENAIS CONTRA CRIANÇAS, ADOLESCENTES E IDOSOS E INFÂNCIA E JUVENTUDE, LOCALIZADA NA CIDADE DE CURITIBA-PR

Para exemplificar a funcionalidade do depoimento especial o presente trabalho irá centralizar a pesquisa na Vara de Infrações Penais Contra Crianças, Adolescentes e Idosos e Infância e Juventude, localizada na cidade de Curitiba-PR. Tal Vara tem utilizado a modalidade de Depoimento Especial de forma efetiva. Por esse motivo, o Doutor Osvaldo Canela Junior, Juiz de Direito da referida Vara, no uso de suas atribuições legais, por meio da Portaria de número 3/2017, sem prejuízo da observância do contido no Código de Processo Penal e no Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, e se atentando as disposições contidas na Lei n° 13.431, de 4 de abril de 2017, em especial o seu art. 11, estabeleceu um Protocolo de Depoimento Especial, o qual é seguido fidedignamente em todas as audiências que versam sobre o crime de abuso sexual.

Tal protocolo regula todos os atos praticados para a coleta das declarações de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de infrações penais. Desse modo, o protocolo visa a redução de potenciais danos decorrentes da produção do meio probatório, resguardando os direitos fundamentais de criança e adolescentes, conforme Artigo 1°, §1° da portaria de número 3/2017. Desse modo, o rol de princípios, localizados no Artigo 2°, inciso VIII, da portaria número 3/2017 resguardar a não-revitimização.

Nesse sentido, o Artigo 5° da portaria número 3/2017, exige que a criança, adolescente, vítima ou testemunha, seus genitores ou representantes legais e os advogados, inclusive a assistência da acusação, serão recepcionados por servidor devidamente capacitado para tal ato. Porquanto, como já fora relatado, a vítima de um abuso sexual está predominantemente vulnerável, sendo assim, o magistrado de forma impecável, no Artigo 6° da portaria, constituiu atos de recepção, e no inciso I, determinou que a vítima tenha atendimento imediato, e seja encaminhada ao Setor de Psicologia diretamente. Vejamos:

> Artigo 6°. Constituem atos de recepção:
> I - atendimento imediato da criança ou do adolescente, vítima ou testemunha, seus genitores ou representantes legais;
> II - apresentação das instalações e informação sobre o procedimento; 111- encaminhamento dos genitores ou representantes legais para localadequado à permanência;
> IV - encaminhamento imediato da criança ou do adolescente, vítima ou testemunha, ao Setor de Psicologia;
> V - resguardo para que a criança ou adolescente, vítima ou testemunha,seus genitores ou representantes legais não tenham contato com o réu. (Portaria, n° 3/2017, fl. 08).

Já, no Setor de Psicologia, os profissionais altamente capacitados tomam providências necessárias para que a vítima ou testemunha, seja apresentada ao Magistrado, Ministério Público, ao Defensor Público, aos Advogados e aos servidores responsáveis por acompanharem os atos da audiência de instrução e julgamento. No parágrafo primeiro do artigo mencionado, o setor de psicologia prestará esclarecimentos a vítima ou testemunha sobre a natureza do Depoimento Especial, seu objetivo, procedimento, e ainda resolverá eventuais dúvidas. Tais informações prestadas acalentam a vítima, que posteriormente terá que relatar e memorar o crime ocorrido.

A atuação dos psicólogos nesse momento é tão considerável que no Artigo 8° da portaria número 3/2017, fica autorizado ao profissional, realizar pelo período que julgar necessário, apreciações do procedimento a ser adotado, considerando alguns elementos, bem como, predisposição da vítima manifestar-se espontaneamente; condições psicológicas para manifestação; adequação a um dos procedimentos; a existência de relatórios de avaliação ou laudos periciais já realizados na fase inquisitorial ou perante outros juízos, principalmente pelas Varas de Família e Infância e Juventude. Por fim objetiva- se a ausência de revitimização.

Realizada as apreciações, o setor de psicologia indicará, por parecer, alguns procedimentos, tais quais, Depoimento Especial com abordagem direta; Depoimento Especial com abordagem mediada; Depoimento Especial isolado e monitorado; Depoimento Especial isolado e não monitorado; Avaliação Psicológica. E se nesse ínterim concluírem que houve inadequação de qualquer procedimento, o setor emitirá parecer no sentido de não-intervenção e justificará o posicionamento. Importante salientar que os procedimentos escolhidos para realização do Depoimento Especial são indicados segundo a situação individual de cada vítima, levando em consideração

a vulnerabilidade, e se compatíveis com as condições apreciadas pelo setor de psicologia.

Outro fato existente na portaria, é que o Depoimento Especial com abordagem direta consiste na escuta qualificada da vítima em Sala de Depoimento Especial ou Sala de Audiências na presença do Magistrado, do representante do Ministério Público, do Defensor Público, dos Advogados, inclusive Assistente de Acusação.

O psicólogo presente à audiência poderá, caso conclua que a questão formulada pelos presentes possa causar dano psicológico à vítima ou à testemunha, pedir a palavra ao Magistrado para recomendar o indeferimento da questão, sugerir alteração da abordagem que intervenha diretamente no questionamento à vítima ou à testemunha, a fim de esclarecer o fato indagado. Ao final do Depoimento Especial o Magistrado questionará o Psicólogo, na ausência da vítima ou testemunha, sobre eventuais considerações finais, facultando às partes e à assistência da acusação a palavra para esclarecimentos, os quais serão sanados imediatamente, de forma oral e armazenados pelo sistema audiovisual, sem incursão sobre os fatos declinados na denúncia ou acerca do juízo de veracidade da manifestação da vítima ou testemunha, conforme Artigo 12 e parágrafos.

No caso do Depoimento Especial com abordagem mediada, conforme Artigo 13°e parágrafos seguintes, consiste em escuta qualificada, na Sala de Depoimento Especial ou Sala de Audiências, com a formulação dos questionamentos à criança ou ao adolescente, vítima ou testemunha, diretamente pelo Psicólogo, seguindo-se de eventuais questionamentos pelo Ministério Público, pela Assistência da Acusação, pela Defesa e pelo Magistrado. Essa modalidade é indicada nas hipóteses em que o setor de psicologia, a vítima ou a testemunha, embora tenha condições de se manifestar em audiência sem maiores danos, possuam mobilizações a desaconselharem o Depoimento Especial com abordagem direta. Caso o Psicólogo conclua que a continuidade de audiência possa causar prejuízo psicológico a vítima ou a testemunha, recomendara o imediato encerramento do ato e proporá, fundamentadamente, outro procedimento a ser adotado, nos termos do artigo. 9°. Ao final, como no procedimento anterior, será oportunizado ao psicólogo que faça considerações finais, facultando às partes e à assistência da acusação a palavra para esclarecimentos, os quais serão sanados imediatamente e de forma oral.

Por fim, o procedimento de Depoimento Especial isolado e não monitorado será realizado nas hipóteses em que critério do Setor de Psicologia, e os procedimentos previstos no artigo 9. °, incisos I, II e 111, mostrarem-se invasivos, quando iniciados, a continuidade se revelar inviável, segundo as condições psicológicas da vítima, será aconselhado a coleta de relato da vítima ou testemunha, em abordagem reservada. Esse método não é monitorado e poderá ser realizado durante o transcurso da audiência de instrução e julgamento, na sala do Setor de Psicologia, com apresentação imediata do relato ao término do ato, de forma oral ou escrita, quando, então, poderão as partes solicitar esclarecimentos.

Caso não seja possível a produção do Depoimento Especial isolado e não monitorado durante o transcurso da audiência de instrução e julgamento, a vítima ou testemunha, seus genitores ou responsáveis legais, as partes e a assistência da acusação serão intimadas da data designada para a sua realização, conforme Artigo° 15 e parágrafos seguintes.

Além disso, quando o setor de psicologia verificar que a vítima ou testemunha possa desenvolver graves danos psicológicos, produzidos até mesmo na fase inquisitorial, será necessária emissão de não-intervenção. Sendo assim, as partes e a Assistência de Acusação poderão formular questionamentos ao Psicólogo, que tem por obrigação responder de imediato, de forma oral, armazenado ainda o incidente no sistema audiovisual, conforme está explícito no Artigo 17°:

> Artigo 17. Quando o Setor de Psicologia reputar que a escuta da vítima ou testemunha possa resultar em graves danos psicológicos, ou seja dispensável diante de outros relatórios psicológicos fidedignos, produzidos, inclusive, na fase inquisitorial, emitirá parecer de não-intervenção. Parágrafo único: As partes e a Assistência de Acusação poderão formular questionamentos ao Psicólogo, que os responderá de imediato, de forma oral, armazenando-se o incidente no sistema audiovisual. (Portaria, n° 3/2017, fl. 14)

Levando-se em conta o que foi observado o Artigo 21° e 22° da portaria, esclarecem que o setor de psicologia tomará as providências necessárias para o tratamento e a recuperação de crianças adolescentes vítimas ou testemunhas de infrações penais, propondo a formação de convênios ou de protocolo de intenções. Logo, o acompanhamento terapêutico a essas vítimas é de extrema importância, haja

vista que essa tem a necessidade de cuidados específicos e tratamento contínuo para amenizar as dores desse trauma desencadeado.

O procedimento da Oitiva das Vítimas segue o dito no Protocolo. A vítima será intimada a comparecer na presente Vara com 30 (trinta) minutos que antecedem a audiência para a sua devida preparação. Já o réu será intimado a comparecer com 15 (quinze) minutos antes do horário agendado para audiência, sendo assim é função do advogado do réu em orientá-lo para que respeite o horário estipulado, com intuito de evitar o encontro com a vítima, familiares e testemunhas.

As medidas necessárias durante a audiência, conforme Manual de Conduta estipula que as primeiras perguntas devem versar sobre assuntos neutros. Todos os presentes no ato devem demonstrar interesse pelo que a criança e/ou adolescente está falando, sempre motivando com palavras chaves, bem como ‘’me conte tudo sobre isso’’. Buscar não interromper, respeitando o ritmo da criança e/ou adolescente, o tempo para falar e principalmente os momentos de silêncio. É necessário suportá-los de maneira a não pressionar a vítima em seu discurso, para que ela possa reconstruir as circunstâncias do evento mentalmente, pois tal processo demanda grande empenho cognitivo de quem está respondendo. As perguntas devem ser feitas uma de cada vez, com clareza. O manual sugere que sejam feitas primeiramente perguntas abertas e depois as fechadas.

A fala é de extrema importância nessa fase de oitiva, pois o silêncio pode ser penoso para a vítima e por meio da fala pode aliviar os sentimentos de ansiedade e tristeza desencadeados pelos fatos vivenciados, conforme ponto 6 (seis) do manual. As perguntas devem ser criteriosas no sentido de não ofender a vítima. O ponto 9 (nove) do Manual é criterioso ao determinar que quando a vítima atingir o ponto onde se indicara o relato da situação de violência tratada no processo, deve-se assegurar a criança ou adolescente a livre narrativa através de perguntas abertas. Portanto, o Protocolo e o Manual do Depoimento Especial, utilizados em sintonia, possibilitam a vítima um tratamento mais humanizado, tendo em vista o impacto do crime ocorrido na sua vida. Pode-se observar que o magistrado foi completamente coerente na criação do Protocolo e Manual.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto nesse trabalho resta claro que a oitiva da vítima ou testemunha de crimes sexuais pode ser bastante traumática, principalmente em se tratando de criança e adolescente, indivíduos os quais estão em plena fase de desenvolvimento, e tão cedo tem seus direitos violados. Dada às vezes, o depoimento é o único meio de prova possível de ser produzido, haja vista que esse tipo de delito ocorre -na sua maioria- em segredo absoluto. Portanto a palavra da possível vítima necessita de maior valoração. De certo modo é tarefa do judiciário buscar alternativas para que esse momento de colheita do depoimento seja menos doloroso para a criança e adolescente.

Diante das dificuldades apresentadas no momento de inquirir o infanto- juvenil, fora instituído o projeto Depoimento Especial -hoje positivado no direito Brasileiro- como método inovador, onde restringe o ambiente frio e constrangedor de uma sala de audiência tradicional. Desse modo o projeto de oitiva especial, tem o intuito de uma escuta humanizada, com mais profissionais participando do ato, bem como os psicólogos. Conta ainda com sala totalmente adequada para receber uma criança ou adolescente. Sendo assim, o ponto principal dessa modalidade é evitar uma possível revitimização, tendo em vista a vulnerabilidade do indivíduo. Para tanto, o deslinde resultara em um depoimento mais tranquilo, haja vista o ambiente mais receptivo.

Portanto, conclui-se que o depoimento especial cumpre sua finalidade no que tange a produção de provas, sem ferir princípios processuais e constitucionais, para que não haja nenhuma injustiça com o acusado e vítima. Nesse sentido, a redação da Lei 13.431/17, foi específica em prever que em alguns casos é possível realizar única colheita de depoimento, com intuito de preservar a integridade psíquica do indivíduo. Ademais, quando não restar outro meio comprobatório, o depoimento pode ser utilizado como única prova para a constatação do suposto abuso. Importante salientar que os operadores do Direito devem estar em constante atualização, principalmente no que versa a Lei 13.431/17, pois precisam aperfeiçoar as técnicas utilizadas, tendo em vista que as demandas no judiciário têm suas peculiaridades e devem ser tratadas de forma singular.

REFERÊNCIAS

ADED, Naura Liane de Oliveira et al. **Abuso sexual em crianças e adolescentes**: revisão de100 anos de literatura. São Paulo: Psiquiatria Clínica, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101- 60832006000400006&lng= en&nrm=iso> Acesso em: 10 de agosto de 2019.

BERGERET, J. **Psicologia patológica.** 1ª ed. Lisboa: Climepsi, 1998. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

BRASIL. DECRETO-LEI n. 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal.** Brasília, DF: Senado Federal, 1984.

BRASIL. Decreto-lei n. 13.431, de 04 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).** Brasília, DF: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA**, Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem Dano: Uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COGO, K. S. et al. Consequências psicológicas do abuso sexual infantil. **Unoesc & Ciência - ACHS**, v. 2, n. 2, p. 130-139, 26 jan. 2012. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/achs/article/view/667>. Acesso em: 10 de agosto 2019.

CURY, munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

D'ANDREA, Flavio Fortes. **Desenvolvimento da personalidade:** Enfoque psicodinâmico, 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1987.

LEITE, Renata Franco. Princípio do prazer versus princípio da realidade em contos infantis. **Estudos de Psicanálise**, n. 43. p. 139-144, jul. 2015. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-34372015000100014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 de agosto 2019.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Boletim Epidemiológico. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/25/2018-024.pdf>. Acesso em: 26 de junho 2019.

NASIO, Juan David. **A fantasia: O prazer de ler Lacan**. J.-D; [tradução, André Telles e Vera Ribeiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

SALES, Leo Silveira. Fantasia e teorias da sedução em Freud e em Laplanche. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 18 n. 3. p. 323-328, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ptp/v18n3/a12v18n3.pdf>. Acesso em: 25 de agosto 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang**. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Protocolo de Depoimento Especial.** Portaria n. 3/2017. Curitiba, de 06 de outubro de 2017.

Capítulo V

MULTIPARENTALIDADE E O DIREITO À DUPLA ASCENDÊNCIA

Cliseldes Kieffer*

Jéssica Jane de Souza**

1 INTRODUÇÃO

A multiparentalidade como um direito à dupla ascendência é uma inovação no Direito das Família brasileiro. Dessa forma, o presente artigo tem como objeto analisar a possibilidade de reconhecimento judicial de filiações multiparentais e suas consequências jurídicas.

Para tanto, analisar-se-á a evolução do conceito de filiação que ganhou novos contornos a partir da Constituição Federal de 1988, de forma a garantir a igualdade entre os entre os vínculos de filiação de modo a propiciar o reconhecimento de laços baseados no afeto, sem qualquer vinculação sanguínea.

Em segundo momento a pesquisa dedica-se aos estudos dos princípios norteadores do Direito das Famílias, para enfim compreender, por meio de pesquisa doutrinaria e jurisprudência, como se dá configuração dos vínculos socioafetivos.

Conclui-se a pesquisa com a compreensão de que nos casos de dupla paternidade/maternidade, uma vez presentes os requisitos objetivos, poderá ocorrer o reconhecimento judicial como forma de atender ao melhor interesse da criança e do

* Discente do Curso de Bacharelado em Direito na Faculdade -Curso Superior do Paraná (FESP) e-mail: cliseldes@hotmail.com

** Professora de Direito Civil VII da FESP/PR. Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Daniel Ferreira. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). Advogada. E-mail: jessicas@fesppr.edu.br

adolescente, visto que além da alteração registral, haverá o direito à alimentos, convivência e à herança de ambos os pais/mães.

E não menos importantes que os citados direitos, os filhos receberão doses múltiplas de carinho, amor e afeto(elementos subjetivos que externados tornam-se objetivos), muito importantes para qualquer indivíduo em desenvolvimento.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA

A família tem a origem etimológica do latim, na palavra *famel (famulus),* e conforme conceito do autor Plácido e Silva (1999, p. 347), é aquela que significava escravo, doméstico, servo, e "é geralmente tido em sentido restrito, como a sociedade conjugal.", fora entendida como o reino do pater juntamente com a esposa, os filhos, os criados, os servos e o patrimônio. A mulher devia obediência ao marido, e os filhos aos pais a quem deveria reverenciar por lhe dever a vida, com a noção da posse vinculada nesta denominação.

Para Maria Helena Diniz (2010, p.3) família pode ser compreendida como um complexo de normas, que:

> regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. Abrange esse conceito, lapidarmente, todos os institutos do direito de família, regulados pelo novo Código Civil nos arts. 1511 a 1.783.

Para o autor Euclides de Oliveira (2003, p.24) "a ideia da família o que mais importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo a casa um sentir-se a caminho da realização de seu próprio projeto de felicidade".

A família vai além dos moldes da tradição. O autor vê a modernidade nos olhos do pretérito e de programas que foram construídos através dos tempos para transformar o presente e chegar ao futuro, com tantas modificações. Ele alega precisamente que a compreensão do texto da Carta Magna do Brasil oferece espaço

para que se inclua a família como um ente aberto e plural, abrindo novos horizontes para as gerações do futuro (PEREIRA, 2002, p.16).

Quanto ao caráter jurídico da família, Paulo Lôbo (2011, p. 02) leciona que a família é associada a duas estruturas, os vínculos de sangue, sendo direito e afetividade, e os grupos, ornamentados de conjugal e parental.

E, sob o aspecto nas separações dos casais, incorre-se no divórcio o significado de desunião, disposto na Lei 6.515, que impera no rompimento definitivo e legalizado da união por casamento civil, promulgada no Brasil em 26 de dezembro de 1977, que difere do Código de 1916, não existindo mais a culpa por determinadas situações na separação, tais como do adultério. No CC/1916, o dano estava regrado no art. 159 e atualmente no art. 927 do Código Civil de 2002.

2.1 A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916, apresentava a superioridade do homem e sua autoridade sobre a esposa e seus filhos, sendo a família matrimonial a única a receber integral proteção do Estado.

Os alinhamentos para o Direito de Família no Código Civil de 1916 encontram-se nos artigos 180 a 484, e não provisionava uma apreciação definida, apenas conceituava a legitimidade conforme art. 229 do Código Civil de 1916, in verbis: – Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos‖. É nítida no diploma de 1916 a diferença dos direitos e deveres do marido e da mulher, razão pela qual seus capítulos eram distintos.

O autor Paulo Lôbo resume os censos do IBGE, ao analisar o modelo de família na época de vigência do Código Civil de 1916 e a mutação da família no final do século XX.

> A família brasileira transformou-se intensamente ao final do século XX, não apenas quanto aos valores, mas à sua composição, como revelam os dados dos censos demográficos do IBGE, necessários e preciosos para análise dos juristas. Constata-se a existência de uma população avassaladoramente urbana (80%), completamente diferente do predomínio rural, cuja família serviu de modelo para o Código Civil de 1916, quando a proporção era

> inversa. A desigualdade continuou inalterada com os 10% mais ricos da população tendo rendimento médio, dezenove vezes superior ao dos 40% mais pobres. A desigualdade é também racial, até entre os mais pobres: 12,7% das famílias brancas e 17,3% de famílias negras viviam com renda de até meio salário-mínimo. (LOBO, 2011, p.21).

Para a autora Maria Berenice Dias (2010, p. 1), "Clóvis Beviláqua tinha a incumbencia de elaborar o Codigo Civil de 1916 desde 1899 e o fez como uma codificação do século XIX, retratando uma sociedade marcadamente conservadora e patriarcal, consagrando a superioridade masculina". Na mencionada legislação, a mulher era identificada pelos apelidos do esposo, no sentido de ser uma propriedade deste. O matrimônio era indissoluvel, com a opção de disquite que restringia-se a romper a sociedade conjugal, mas sem permitir que a pessoa contraisse novas núpcias.

> A família legítima era constituída pelo casamento. Os vínculos extramatrimoniais, eram punidos e não eram reconhecidos, e condenados à clandestinidade e a exclusão social e jurídica chamados de concubinato não gerando qualquer direito. A condição matrimonial dos pais não admitia direito a prole concebida fora do casamento. Os filhos ilegítimos eram rotulados de adulterinos, incestuosos, sem direito de buscar sua identidade. A demanda de investigação de paternidade so era possível após o desquite ou morte do possível pai. A mãe pagava o preço pela – "desonra" de ter um filho – "bastardo". (Dias, 2010, p.1).

Para a mencionada autora, o Código Civil de 1916 destinava-se a uma sociedade conservadora e patriacal, com superioridade masculina, na qual a mulher após casar perdia sua liberdade, sua capacidade e para tudo necessitava da autorização do marido. Um retrato de um Código injusto e desproprorcional entre os membros que mantinham o casamento como um contrato onde só um tinha poderes

2.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em resposta a várias demandas sociais, no ano de 1988 é promulgada uma nova Constituição Federal, considerada um marco no Direito de Família brasileiro,

sendo definida por jusristas como legislação com inovadora e aberta para abraçar as novas modalidades de família.

Neste sentido, Paulo Lôbo (2011) conceitua a família contemporânea como uma soma de afetos, para ele:

> A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988. Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. (LÔBO, 2011).

A Carta Magna de 1988, reconhece a união estável como entidade familiar, protege a família monoparental ou unilinear , consagra a dignidade e a igualdade entre os conjuges. O Estado fica com a obrigação de proteger a família, conforme alude o art. 226, caput da Constituição Federal , “A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado”.

No mesmo sentido de ampliar a proteção do Estado a família, artigo 227, § 6º, aplicou os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não do matrimônio e consequentemente proibiu qualquer tipo de situação discriminatória.

Após a constituição muitas legislações surgiram para regulamentar as previsões constitucionais, por exemplo o Estatudo da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, que reconheceu ambos os genitores como autoridades parentais, ou o Código Civil de 2002, que buscou apresentar a igualdade conjugal e parental entre homens e mulheres, tratou da União Estável, entre outros assuntos não contidos na Código anterior.

2.3 CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002, foi pensado para ser uma legislação inovadora, mas foi insuficiente em muitos aspectos, doutrinadores clássicos como Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Paulo Lôbo e outros, compreendem que a lei poderia ter sido um marco histórico para o âmbito familiar, mas deixou inúmeras margens para interpretações diversas, não tratou de temas relevantes como o divórcio direto, sofreu inúmeras alterações no decorrer dos anos, seja no sentido de ampliar interpretações, ou na revogação de normas conflitantes com o texto constitucional.

Nos artigos de 1.512 a 1.516 da mencionada codificação, tratam exclusivamente do casamento como uma cópia do Código anterior, sem realmente inovar. Aliás muitos artigos são voltados para o casamento, já para a união estável e outras modalidades de família, são destinadas poucas normas, com a necessidade de interpretação ampliada para diversas situações.

Para tanto, os princípios voltados para as relações familiares como a igualdade, a liberdade, a solidariedade, são importantes e são base para diversas alterações interpretativas, como forma de garantir que a legislação possa se adequar a realidade social. Para a autora Marianna Chaves (2012) “a pluralidade de formas de constituir família simboliza uma grande ruptura com o modelo único familiar, instituído pelo matrimônio”, e o dever do Estado é recepcionar as novas situação sem discriminação e sem deixar qualquer pessoa à margem de sua proteção.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS

Paulo Lôbo(2011), entende que a existência de princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, pode ser considerada um dos maiores avanços do Direito Brasileiro, após a edificação da Carta Magna de 1988.

Nesse aspecto, o macro princípio da dignidade da pessoa humana, compreende que todo ser humano é dotado de valor moral e espiritual. Preceitua o princípio máximo do Estado Democrático de Direito, disposto no rol do art. 1º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Immanuel Kant afirma (2007) – que no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade, porém existe um respeito e dever geral para com a dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível qualquer comportamento ou procedimento de coesão para com um indivíduo.

Já no que se refere ao princípio da solidariedade familiar, o autor Paulo Lôbo (2011), explica que “concebida como diretriz geral de conduta, no direito brasileiro, apenas com a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico”.

Nesse sentido, o princípio da solidariedade “serve como oxigênio da Constituição não apenas dela, dizemos, pois, a partir dela se espraia por todo ordenamento jurídico –, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional”(LÔBO, 2011).

A principal regra do princípio da solidariedade está no inciso I do art. 3º da Constituição Federal de 1988, – Construir uma sociedade livre, justa e solidária. O princípio da Igualdade igualmente faz parte do Direito de Família e é aplicado no mundo jurídico com a construção da Carta Magna de 1988 do Brasil. O art. 3°, IV, da Constituição Federal de 1988, estabelece como regra e um dos objetivos fundamentais da Nação Brasileira – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na contemporaneidade, reconheceu-se a afetividade também como um princípio jurídico. Nesse mesmo sentido, Paulo Lôbo (2011, p. 71), compreende que “o princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais”.

4 SOCIAFETIVIDADE E A POSSIBILIDADE DA MULTIPARENTALIDADE

Na família contemporânea, afetividade é o elemento nuclear que define a união entre os membros, e cada vez mais tem-se buscado os legisladores para manter os nomes dos participantes desse afeto entre pais e filhos biológicos ou adotados em seus registros, como uma forma de reconhecer no mundo jurídico o que sucede no mundo dos fatos.

A palavra multiparentalidade significa a legitimação do padrasto, madrasta, ou de quem cria e cuida de uma criança ou adolescente como filho. Ao mesmo tempo, o enteado (a) ou a criança adotiva tem o mesmo apego e os mesmos sentimentos para com seus pais emprestados, sem desconsiderar os pais verdadeiros (mãe ou pai biológico).

A novidade é incluir no registro de nascimento do interessado, seja criança, adolescente ou outrem, o nome da mãe ou do pai socioafetivo, porém permanecendo o nome dos pais naturais. Maria Berenice Dias (2015, p. 409), sobre os vínculos com a criança, transcreve:

> Todas as novas possibilidades de concepção geneticamente assistidas contam com a participação de mais pessoas no processo reprodutivo. Quer os doadores de material genético, quer quem gesta em substituição e acaba por dar à luz, todos geram vínculos com a criança que nasce com sua interferência. Assim, não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai. e uma mãe. É possível que pessoas tenham vá rios pais. Identificada a pluriparentalidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.

Para a mencionada autora (DIAS, 2015, p.409/410) para o reconhecimento de múltipla filiação, “basta o vínculo de filiação com mais de duas pessoas [...] e mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana”.

Com isso, a jurisprudência nacional se inova e abre portas para que sejam amenizados esses conflitos. As famílias duplas do mundo fático vêm existir no mundo jurídico, e decisão chega com a inclusão do nome de dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, ou três mães, nome de todos os avós ou nomes dos pais e mães envolvidos no registro da criança, e torna-se fato real.

Em 2011, no estado de Rondônia, cidade de Ariquemes, nasce a primeira família multiparental, com conhecimento registral, e, segundo o IBDFAM (2014), o primeiro reconhecimento dos pais em dobro, ocorreu oficialmente em 2012, sentença da promotora Priscila Matzenbacher.

> O pai socioafetivo havia registrado a filha da companheira, mesmo sabendo que o pai era um ex-companheiro da mulher. Tempos depois, o pai biológico passou a se relacionar com a filha e entrou com ação para ter seu nome no registro. A promotora propôs o afeto: os dois deveriam ser postos na certidão. Em todos os casos, Priscila se baseia em avaliações psicológicas para identificar se a pessoa é tratada pela criança como outro pai ou mãe. "É diferente ser padrasto ou madrasta." A promotora opinou pelos dois nomes na certidão.

Já no ano de 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo, já havia deferido um pedido para acrescentar na certidão de nascimento de jovem de 19 anos o nome da mãe socioafetiva, sem ser retirado o nome da mãe biológica. (APELAÇÃO CÍVEL Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286- Comarca: Itu (2ª Vara Cível) Juiz: Cássio Henrique Dolce de Faria).

O jovem que sempre viveu em harmonia com a madrasta, com o pai, e com a família de sua mãe biológica, tem em seu registro, o nome um pai, duas mães e seis avós registrando uma decisão inédita no Brasil.

Flávio Tartuce (2019, p. 662) faz uma crítica à jurisprudência moderna, ao se posicionar favorável a multiparentalidade, afirma o autor, que alguns julgados parecem provocar uma "escolha de Sofia[1]", entre os vínculos biológicos e socioafetivos, que eles afirmam não poder prosperar.

[1] O filme "Escolha de Sofia" trata do dilema de "Sofia", uma mãe polonesa, filha de pai antissemita, presa num campo de concentração durante a Segunda Guerra e que é forçada por um soldado nazista a escolher um de seus dois filhos para ser morto. Se ela se recusasse a escolher um, ambos seriam mortos

Segundo Maria Berenice Dias(2010), o vínculo afetivo mesmo sendo um debate atual, já existia na história romana com a presunção de paternidade e maternidade. Eram os filhos adotados pelo afeto, que em uma determinada época se absteve no esquecimento da sociedade e não fez parte do âmbito jurídico, *in verbis:*

> Para a Biologia, pai sempre foi unicamente quem, por meio de uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho. O Direito, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta se do fato natural da procriação para referendar o que hoje se poderia chamar de — posse de estado de filho‖ ou — filiação socioafetiva‖. Assim, a desbiologização da paternidade, ainda que pareça ser um tema atual, já era consagrada há muito tempo, aliás, desde a época dos romanos, pelo aforismo pater est is quem nuptiae demonstrant. (DIAS, 2010, p.1)

Além disso, a Constituição Federal Brasileira de 1988, desmistificou a família construída apenas para participação comum com patrimônios sem sentimentos afetivos, e conceitua no Código a identificação do indivíduo como ser de sentimentos, instituindo a família como união afetiva entre os membros que se unem, que deixa de ser apenas um mero laço material.

A multiparentalidade foi reconhecida em sede de repercussão geral através do Recurso Extraordinário n° 898.060, em 21/09/2016, que analisa um caso concreto levado à Suprema Corte com sentença proferida pelo “Juízo da 2ª Vara da Família da Comarca de Florianópolis e dos acórdãos declarados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no qual a autora, F. G., filha biológica de A. N. fora registrada como filha de I.G., que cuidou dela como sua filha por mais de vinte anos”. O entendimento da Corte foi o deferimento da dupla parentalidade, sendo mantido o acórdão de origem, que reconheceu os efeitos jurídicos do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança, sem prejuízo da filiação registral e socioafetiva preexistente.

O Ministro Luiz Fux, (Supremo Tribunal Federal, RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 22.9.2016.), firmando uma tese a ser utilizada como precedente em casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais".

No Estado do Paraná, em 20 de setembro de 2013, registrou-se na cidade de Cascavel, um caso de multiparentalidade fruto da relação de padrasto. O Tribunal de Justiça do Paraná decidiu pela manutenção de dois pais em registro de nascimento.

O juiz Sergio Luiz Kreuz, da Vara da Infância e Juventude de Cascavel, Paraná e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), proferiu sentença nos autos do Processo nº 0038958- 54.2012.8.16.0021, em que o pai afetivo de um menor de 15 anos de idade à época propôs ação de adoção, inicialmente, em favor do pai socioafetivo excluindo o pai biológico. Considerando que o adolescente chamava ambos de pai, optou pelo não desligamento da família biológica paterna, com o consentimento do pai biológico.

O juiz esclareceu que foi o primeiro caso envolvendo o fato da multiparentalidade em seus 16 anos de atuação na Vara da Infância e da Juventude de Cascavel. Em entrevista, (IBDFAM, 26/02/2013) explicou que "o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da solidariedade familiar, no caso concreto específico, conduziram para esta conclusão, já que ambos os pais exerciam seu papel, cada um deles é importante na vida do adolescente.",

O Direito subjetivamente busca regras para caracterizar a filiação e regulamentar o direito à filiação dos filhos do afeto ou de criação, já registrados com o nome do pai (mãe) biológico, mas com vínculo socioafetivo com outro pai (mãe), de acordo com a Constituição Federal que intima a igualdade em direitos e em obrigações.

Referente à guarda e os alimentos, dos filhos de uniões multiparentais, usa-se o princípio do direito da igualdade, elencado no art. 5.º, todos os envolvidos são detentores de direitos e deveres por aquele filho, com poder de decisão. O Código Civil de 2002 traz previsão no art. 1.631 para dirimir em casos de desacordos, "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade", casos de conflito podem ser levados ao judiciário.

A obrigação de prestar alimentos compete a todos que constam como pai e mãe no registro de nascimento, levando em consideração o fator econômico, a possibilidade e a necessidade do envolvido. Já a sucessão se iguala aos filhos

biológicos, todos recebem a mesma quantia. Se o filho falecer, os pais afetivos e biológicos terão direito iguais a sua herança.

Christiano Cassettari (2015, p. 262) explica a existência de um “temor de demandas exclusivamente de cunho patrimonial existe, mas caberá ao Judiciário coibir esse abuso de direito”

Em casos de separação desses casais após aderirem à dupla paternidade a guarda em regra será compartilhada. Ambos os pais exercerão as responsabilidades. Se for decidida a guarda unilateral o menor ficará com o pai (mãe) que ele mantém o vínculo afetivo mais forte, e em casos de não acordo a guarda ficará com quem melhor atender os interesses da criança ou adolescente. O direito de visitas, também estendidos aos avós, é idêntico aos direitos dos filhos registrados por pais biológicos somente, acordados entre os pais, ou fixados judicialmente (CASSETTARI, 2015, p. 262).

No site do IBDFAM consta uma diversidade de Acórdãos referentes à Certidão tripla, onde todos passam a ser responsáveis pela criança, que ganha o direito à pensão, herança e inclusive inclusão em plano de saúde.

> Março 2012 Registrada pelo padrasto, menina em RO consegue incluir nome do pai biológico na certidão. Decisão é tida como uma das primeiras do Brasil. Agosto de 2012. Tribunal de SO decide que jovem pode ter duas mães e um pai na certidão; garoto foi criado pela madrasta desde dois anos. Fevereiro de 2013, No PR, justiça decide que jovem criado pelo padrasto, sem perder vínculo com o pai biológico, tenha dois na certidão. Fevereiro de 2013. Irmãos conseguem na Justiça do RS direito de passar a ter duas mães e um pai no registro de nascimento; eles foram criados pela madrasta. Maio de 2014. No RJ, três irmãos já adultos, conseguem o direito de ter o nome da madrasta que os criou na certidão; mãe biológica foi mantida. Maio 2014. Após DNA, pai biológico e pai que registrou a criança no RS entram em acordo para que o nome dos dois conste na certidão da filha. Junho de 2014. Após conhecer pai biológico, criança do AC consegue incluí-lo na certidão sem ter que retirar o nome daquele com quem convive. No MA, criança passa a ter o nome da mãe e de dois pais na certidão.

Na multiparentalidade o que está em destaque é o vínculo afetivo, independe da opção sexual dos envolvidos e carinho de quem participa como pai ou mãe. Além das duplas paternidades existem outras relações tais como algumas homoafetivas, que também trazem filhos de outros casamentos ou relacionamentos anteriores.

Essas uniões têm aumentado visivelmente nas últimas décadas e além de buscar a adoção procuram também as técnicas de reprodução assistida. Delas, origina-se em diversas situações, a posse de filho registrado ilegalmente, sem passar pelos trâmites da adoção a chamada adoção à brasileira, outras situações são por filhos originados de reprodução assistida da relação de padrastos e madrastas.

A parentalidade socioafetiva pode ser reconhecida após a morte, se provar que existia com o falecido, convivência afetiva apta a autorizar a existência de socioafetividade. Uma das discussões polêmicas, quando se refere à ação investigatória, e sobre o tema o autor Flavio Tartuce(2019) discorre sobre a parentalidade socioafetiva na ação investigatória citando um caso concreto quando o filho descobre ser outro o pai e não o que o registrou, conforme abaixo destacado.

> A discussão da parentalidade socioafetiva na ação investigatória. Outra questão polêmica que pode ser invocada é a de alegação de paternidade socioafetiva em ação investigatória de paternidade. Imagine-se um caso 57 prático. Um casal tem um filho, que é devidamente registrado pelo marido, que pensa ser o seu filho. Trinta anos depois, após a morte do marido, a mulher conta ao seu filho que o seu pai não é aquele que faleceu, mas uma outra pessoa, com quem ela teve um relacionamento rápido quando era jovem. Ciente do fato, o filho resolve promover a ação contra o seu suposto pai verdadeiro. Realizado o exame de DNA no curso da ação, constata-se que o pai biológico do autor é o réu e não aquele que o criou durante trinta anos. Há como desconstituir o vínculo de paternidade em relação àquele para que um novo seja constituído com o réu? Diante da parentalidade socioafetiva, mais especificamente, da paternidade socioafetiva, a resposta é negativa. No caso em questão, deve-se concluir, como Maria Berenice Dias, que a ação somente declarará a existência do vínculo biológico, o que é reconhecido como um direito personalíssimo da parte. Porém, em relação ao vínculo de paternidade com todas as suas consequências, este permanece em relação ao falecido. (TARTUCE, 2019, p.696 /697).

Em se tratando de ação investigatória é uma ação pessoal, em regra será competente o foro de domicílio do autor da herança (art. 48 do CPC), mas se a ação estiver cumulada com a de alimentos, há reiterado entendimento do STJ no sentido de que será competente o foro de domicílio do autor que busca a investigação (art. 53, II, do NCPC).

Nesse sentido a Súmula 1 do Egrégio Tribunal, sobre a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança e alimentos é da competência do foro do domicílio ou da residência do alimentando (Súm. 1-STJ): “O foro de domicílio

ou residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos".

No Código de Processo Civil, prevalece à norma de proteção do vulnerável, mais precisamente do alimentando ou credor. Se a ação for cumulada com petição de herança, pode surgir divergência jurisprudencial, se esta é competente para o mesmo foro onde ocorre o inventário ou o foro do domicílio de qualquer dos herdeiros. O art. 48, do NCPC, no caso de não estar encerrado o inventário, será competente o mesmo o foro do domicílio do autor da herança.

Destaca-se que o filho socioafetivo tem todo o direito de sucessão e herança, do mesmo modo a mãe e o pai socioafetivo terão direito à herança do filho caso este faleça antes e não deixe descendentes.

Em 14 de novembro de 2017, em uma evolução no Direito de Família o CNJ concretou o Provimento nº 63, que estabeleceu regras para a filiação socioafetiva por registro extrajudicial, entre outras o reconhecimento voluntário da maternidade ou paternidade. Em agosto de 2019, o CNJ produz o Provimento nº 83, e procede a mudança nas questões referentes ao reconhecimento extrajudicial socioafetivo posicionando-se que registro de filiação de menores de 12 (doze anos) desses casos, será obrigatório pela via judicial.

A preocupação do CNJ baseou-se principalmente na fraude em adoções. Já os maiores de 12 (doze anos) tem o fator vontade a seu favor. Se os requisitos necessários estiverem em ordem, o cartorário deverá encaminhar ao Ministério Público para parecer e somente após, se favorável registrar a filiação socioafetiva. Se desfavorável será arquivado no Cartório de Registro Público o requerimento, comunicando os interessados.

Na dúvida podem ainda encaminhar o pedido ao juiz corregedor. Deve-se ater que, nos casos de pedidos extrajudiciais a partir de novembro de 2019, o parecer do Ministério Público é equivalente ao deferimento do pedido, devendo ser submetido ao juiz em caso de impugnação.

A explicação sobre o provimento do CNJ, é válida somente para o lado materno ou o lado paterno, não sendo possível mais de um ascendente socioafetivo, o qual ainda somente poderá ser requerido por via judicial, para evitar a adoção irregular dentro da multiparentalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 representa um marco histórico no âmbito familiar, por trazer a igualdade aos filhos, aos cônjuges e acima de tudo preservar a Dignidade Humana de todos os indivíduos, a partir dela temos diversas alterações legislativas, como o próprio Código Civil de 2002.

Nesse aspecto, verificou-se a importância dos princípios norteadores das relações familistas, pois grandes conquistas inicialmente basearam-se em princípios. A exemplo disso, o princípio da igualdade que permitiu que o homem e a mulher fossem considerados iguais perante a lei, inclusive para exercer o Poder Familiar, também o princípio da afetividade, que além de ser a base de todas as relações, é um ponto a ser observado atentamente quando o assunto é Multiparentalidade.

Não se tem uma supremacia do vínculo biológico como antigamente, hoje o amor, o dever de cuidado e o respeito à prole são capazes de construir e configurar o valor jurídico do afeto. O reconhecimento da dupla paternidade permite a criança e ao adolescente além do afeto, do reconhecimento do amor daquele que o criou e do pai biológico, o status e a posse de filho. É um vínculo de parentesco entre pais e filhos biológicos, e, afetivos que se tornam civis.

Conclui-se que os efeitos do reconhecimento da paternidade afetiva, não interferem na paternidade/maternidade biológica, podendo ser somadas juridicamente. Os filhos desses casais, com o reconhecimento jurídico, estão sujeitos não somente a receber o carinho de dois pais ou duas mães ou de quatro avós, mas estão amparados pela lei, quando se refere às questões jurídicas relacionadas a eles.

Considera-se que a Constituição Federal de 1988, no Brasil, trouxe um protótipo de interpretações amparando o Direito de Família e representa um marco histórico no âmbito familiar por trazer a igualdade aos filhos, aos cônjuges e acima de tudo preservar Dignidade Humana de todos os indivíduos, além de proporcionar os outros direitos como os decorrentes da multiparentalidade.

Nota-se por fim, que os parâmetros judiciários estão incumbidos de noticiar ao Direito de Família, um papel fundamental no ornamento jurídico desse século, sendo um dos mais importantes temas analisados, ampliados e modificados.

REFERÊNCIAS

AMÉRICO. Pedro. **Cartório realiza 1º casamento oficial entre homens em Curitiba**. 2013. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/cartorio-realiza-1-casamento-oficial-entre-homens-em-curitiba-ecdro2glc3yxa5p4pxc85m0y6/>. Acesso em 06 jun. 2020.

ANDRIGHI. Nancy. Ministra, **RECURSO ESPECIAL** Nº 1.000.356 - SP (2007/0252697-5) STJ, São Paulo, 2010.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil Brasileiro. 30ºed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Lei n.º 6015, 31 de dezembro de 1973.** Lei dos Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em 10/07/2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 jun.2020.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8560 de 29 de dezembro de 1992.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8560.htm>. Acesso em 28 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil Brasileiro**.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm#:~:text=Art.,sua%20inclus%C3%A3o%20social%20e%20cidadania.> Acesso em 10 jun. 2020.

CASSETTARI. Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015**.**

CHAVES. Marianna. **Homoafetividade e Direito-Proteção Constitucional, Uniões, Casamentos e Parentalidade**, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Família e Cidadania** - O Novo CCB e a Vacatio legis anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM/Del Rey Belo Horizonte, 2002.

DIAS. MARIA BERENICE. **Quem é o pai?** Artigo. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?cat=555&subcat=&termobusca=&ordem=&pagina=2#anc>.Acesso em 06 jun. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Vol. 5 Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS. Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Vol 6. Famílias. 7.ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

IBDFAM. **Tribunal de Justiça de Rondônia reconhece multiparentalidade em ação de adoção**. 2014. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5234/+Tribunal+de+Justi%C3%A7a+de+Rond%C3%B4nia+reconhece+multiparentalidade+em+a%C3%A7%C3%A3o+de+ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 22 jan. 2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Paraná decide pela manutenção de dois pais em registro de nascimento.** 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4967/novosite >. Acesso em 22 maio 2020.

KANT. Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 70 textos Filosóficos. Tradução: Paulo Quintela, Edições 70 Lda, Lisboa, 2005-2007.

LÔBO. Paulo. **Direito Civil: Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
LÔBO. Paulo. **Princípio da solidariedade familiar.** Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em 20 maio 2020.

OLIVEIRA. Euclides. **União Estável do Concubinato ao Casamento**. Vol.6, São Paulo: Método, 2003.

PINTO. Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Esquematizado.** São Paulo: Método, 2015.

SILVA. Plácido e. **Vocabulário Jurídico,**16ª Ed. Rio de janeiro: Forense, 1999.

TARTUCE. Flávio. **Direito** civil 5: Direito de Família. 14ª. ed. São Paulo: Forense, 2019

Capítulo VI

COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Christiane Dickel Ferrari[*]

Gustavo Henrique Sperandio Roxo[**]

1 INTRODUÇÃO

O termo "*compliance*", ressaltou-se nos últimos anos como "esperança" do término da corrupção. O tema sobressaiu-se no meio jurídico e passou a ser conhecido como um instrumento qualificado e eficaz de forma que pudesse garantir a transparência e a confiabilidade nas negociações no meio empresarial. (SERPA, 2016).

A relevância do programa de *compliance*, no cenário brasileiro, foi alcançada em outro nível de escala diante da criação da Lei Federal nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, com a possibilidade de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, sejam elas qualquer representante que atue em benefício próprio.

Neste contexto, constata-se que, a adoção de medidas preventivas da corrupção passa necessariamente pela transparência (PETRARCA, 2018) das informações e um dos principais passo a ser iniciado por um país que tenha por objetivo vencer a luta contra a corrupção é o aprimoramento da transparência, pois,

[*] Graduanda em Direito pela FESP. Graduada em Administração, com ênfase em Comércio Exterior pela FESP. Especialista em Negócios Internacionais pela FAE.
Contato: chrisdferrari@yahoo.com.br

[**] Mestre em Direito Tributário, Econômico e Financeiro pela USP. Graduado em Direito pela UFPR. Professor e advogado Contato: gustavoroxo@yahoo.com.br

além de ser um direito previsto no Art. 5º da Constituição Federal, é um dever de todos os Estados.

Destarte, as empresas têm investido recursos em programa de *compliance*, mesmo com dúvidas referentes à aplicabilidade e eficácia do programa. De forma geral, no entanto, as empresas têm procurado a elaboração de códigos de ética e treinamentos para alcançar sua finalidade.

Aplica-se a análise do programa, especificamente voltado às práticas ilícitas perpetradas pelos representantes das empresas no campo das contratações públicas.

O presente artigo tem como objetivo, analisar o problema central, a possibilidade de gerenciar os elementos do programa de *compliance* com a finalidade de restringir a adesão de práticas corruptas diante das ações dos envolvidos, sejam eles funcionários ou colaboradores das empresas que licitam com a Administração Pública.

Diante da adesão do programa de *compliance*, a hipótese principal sob a perspectiva econômica seria a capacidade de delimitar, estreitar a possibilidade de condutas ilícitas, enquanto que, sob a perspectiva sociológica, seria de que os valores atribuídos no âmbito organizacional contribuiriam para solidificar uma cultura de intolerância à corrupção, transformado em uma conduta natural e não como um esforço para tal.

O estudo a seguir tem o propósito de elucidar, como o tema *compliance* pode ser inserido como requisito taxativo, obrigatório, nos processos licitatórios, sem que seja julgado como forma de favorecimento a qualquer que sejam os fornecedores, mas sim, sob a alegação de que teria a prerrogativa de reduzir os riscos de corrupção nas contratações públicas.

2 DEFINIÇÃO DE *COMPLIANCE*

O termo *compliance*, origina-se do verbo inglês *to comply,* o qual quer dizer estar em conformidade com as normas internas e externas pré-estabelecidas pelo titular do poder-dever, o dever de cumprir. *Compliance* não é sobre lei, mas sim sobre como seguir a lei, afinal, todos sabem o que é a lei, mas a questão é não a cumprir. É

um programa que visa fomentar a vontade ou a necessidade de seguir a lei de forma originária.

Um programa efetivo de *compliance* torna-se interessante tanto à empresa pela proteção adquirida como aos seus empregados pelo mecanismo de prevenção de riscos puníveis. Por isso, são implementados no âmbito empresarial por profissionais especializados, conhecidos como *compliance officers*, sendo que, um dos objetivos desses profissionais, além dos deveres de vigilância, assessoramento e avaliação de riscos, corresponde à investigação de criminosos em potencial dentro das empresas (CASTRO & ZILLIOTTO, 2019).

Nesta continuidade, uma organização íntegra é aquela que consegue manter, em suas decisões, atividades ou ações, uma correlação com a sua personalidade, não se abstendo dos seus valores que inspiram e os objetivos que deve alcançar, construindo uma cultura empresarial ética (GEN JURÍDICO, 2019).

O Brasil tem experimentado um desenvolvimento da política de combate à corrupção ao longo das últimas décadas. Dentre os mecanismos, surge a ideia de governança no setor público. Existe um movimento contínuo de elaboração e aprimoramento legislativo para ampliar os mecanismos de detecção e punição de atos lesivos praticados contra o patrimônio público (PORTO & MARQUES, 2017).

2.1 POR QUE INVESTIR EM UM PROGRAMA DE COMPLIANCE?

A realidade do atual cenário tem demonstrado que os programas de *compliance* estão cada vez mais imprescindíveis para empresas e organizações, principalmente as de grande porte, pelo fato do giro financeiro destas ter maior poder diante do Estado e, vem sendo formado por conjuntos de fatores (MENDES & CARVALHO, 2017).

Nenhum programa de *compliance* garante totalmente a eliminação de riscos e a imunidade da organização, mas orienta, educa de certa forma os funcionários e colaboradores, organiza as atividades empresariais e cria mecanismos de controle para que a cultura corporativa tenha como pilar o cumprimento da legislação, tornando-se eventuais violações menos frequentes e o principal, com maior eventualidade (MENDES & CARVALHO, 2017).

Os programas de *compliance*, auxiliam as empresas a detectarem uma conduta ilícita, tornando-se apta a noticiar suposta infração à autoridade investigadora, reduzindo ainda, eventuais penalidades por demonstrar a boa-fé da empresa podendo reduzir multas, tendo respaldo a lei anticorrupção Lei 12.846/2013 que prevê aplicação de sanções a uma empresa condenada:

> A existência de mecanismos e procedimentos internos de integralidade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

3 FRAUDES NAS LICITAÇÕES

A fraude em licitação é tratada no art. 90 da Lei 8.666/93, que tipifica o ato como crime mediante a conduta de frustrar ou de fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação.

Detectar fraude não é um processo simples pois geralmente advém de contratos informais, não deixando muitas evidências como um recibo, atestando que o agente público direcionou a licitação, combinando preços com o colaborador (MENDES & CARVALHO, 2017).

Para detectar fraudes em licitação no setor público, é importante adotar e seguir alguns passos:

a) analisar criteriosamente as cláusulas de habilitação do edital com objetivo de identificar restrições à competitividade;

b) avaliar a descrição do objeto para identificar suposta descrição imprecisa, incompreensível, defeituosa ou restritiva podendo ofuscar e direcionar a disputa;

c) atentar para a publicidade da disputa, podendo identificar se houve limitação à divulgação, restrição de acesso ao edital ou redução do prazo útil da disputa;

d) avaliar o julgamento analisando possíveis incoerências, limitação de direitos, interpretações inapropriadas que afasta indevidamente o licitante ou aceitação irregular de outros, assim como o formalismo exorbitante;

e) analisar a documentação dos licitantes, voltado a identificar indícios de falsidade, elaboração em conluio, conchavo ou esquema, propondo uma combinação de propostas.

Além disso, Spinelli (2018), cita algumas das técnicas mais relevantes para auxílio na detecção de fraudes em licitação:

a) exame documental;

b) inspeção física;

c) circularização;

d) cruzamento eletrônico de dados e;

e) lista de verificação.

O exame documental consiste na análise de processos, atos formalizados e documentos avulsos acerca do objeto auditado, em busca de dados e informações que possam servir de evidência. Exemplos de documentos: processos licitatórios, processo de pagamento, prestação de contas, documentos avulsos como notas fiscais, cheques, relatórios entre outros. O exame documental é a principal técnica utilizada para a detecção de fraudes decorrentes (SPINELLI, 2018).

A inspeção física testa a efetividade dos controles, relativos à segurança de quantidades físicas ou qualidade de bens tangíveis. Consiste na constatação “in loco” da existência física de um objeto (SPINELLI, 2018)

A técnica da confirmação externa ou circulação se baseia na suposição das fontes externas, pessoas ou entidades, que não estariam ligadas à fonte original das informações (SPINELLI, 2018).

Na técnica de indagação oral ou escrita, consiste em entrevistas e questionários para obtenção de dados e informações (SPINELLI, 2018).

No cruzamento de dados, é feita através de uma comparação automática de dados a partir de um campo comum parametrizado (SPINELLI, 2018).

As listas de verificação, servem de apoio e sistematização na análise de processos licitatórios com o objetivo de detectar fraudes. São relativas a fase interna e à publicidade conforme o objeto a ser licitado, compras, obras ou serviços (SPINELLI, 2018).

Segundo jurisprudência consolidada do TCU, acórdão n° 249/2010, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos é de natureza subjetiva e, os requisitos indispensáveis à configuração da configuração no âmbito do Tribunal de Contas são (SPINELLI, 2018):

a) Prática de ato ilícito na gestão de recursos públicos por agente sob jurisdição do tribunal, havendo ou não prejuízo ao erário;

b) Existência de dolo ou culpa como elemento subjetivo da ação e;

c) Existência de nexo de causalidade entre a ação e ou a omissão do agente público ou privado e o resultado nocivo verificado.

Essa responsabilidade do agente público decorre da violação de um dever jurídico ao qual estava submetido e foi mal executado, no entanto, averiguando a imputação da pessoa jurídica particular, segundo entendimento consolidado do TCU, além da responsabilização dos agentes públicos decorrente de uma fraude em processo licitatório, a pessoa jurídica do particular responde pelos prejuízos causados ao poder público, sem necessariamente, ter um agente público responsabilizado solidariamente – ACÓRDÃO TCU ° 946/2013.

Em decorrência de uma fraude em licitação, dentre diversas penalidades a ser imposta ao fraudador, uma pessoa jurídica particular pode sofrer, dentre outras, as seguintes sanções, conforme Artigo 87 da Lei 8.666/93 (MOURA, 2014):

I Advertência;

II Multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou

> a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Em relação aos efeitos de declaração de inidoneidade, o Superior Tribunal de Justiça – STJ conforme a MS 13.964/DF, adota entendimento que essa penalidade não enseja em imediata rescisão dos contratos firmados, pois, produz efeito *ex-nunc*, que não seja desfeito atos anteriores (SPINELLI, 2018).

3.1 CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A corrupção nas licitações públicas, interfere diretamente na vida da população, do bem comum, sendo a Administração Pública a maior responsável devido conduzir os recursos públicos, encarregado das licitações, dentre elas as compras, serviços e obras que são contratadas conforme necessário. Tal administração, se não bem administrada, causa prejuízo a todos, refletindo diretamente nos cidadãos e por este motivo, deve ser prezado a transparência, assim como a boa-fé no procedimento licitatório (CASTRO & ZILLIOTTO, 2019).

A licitação é um instrumento fundamental na conservação e solidificação dos princípios da administração pública. Os gestores devem agir com equidade e clareza, propiciando aos participantes total transparência, devendo haver fiscalização e boa-fé, respeitando os princípios, empregando o uso do dinheiro público de forma eficiente (REK, 2013).

De acordo com o mesmo autor, pode-se encaixar, o crime de corrupção ativa entre os delitos cometidos pelo particular contra a administração pública. O foco é a vantagem indevida, certa negociação que não alcança o interesse público da administração, possui natureza estritamente pessoal.

Oferecer ou prometer vantagem indevida é fato atípico, podendo constituir improbidade administrativa ou falta funcional, caso haja anuência do servidor, demonstrando ação de imoralidade pela Administração Pública (NUCCI, 2015).

O autor ainda diz que corrupção passiva, é um delito gravíssimo, distorcendo os princípios da Administração Pública, repassando para a sociedade o efeito negativo

do desserviço, a ineficiência e o descaso por parte do Estado. O funcionário corrupto desmoraliza o serviço público e afronta o Estado, devendo ser punido pelos seus atos mesmo não se tratando de um crime particular, mas sim um delito público, abrangendo toda a sociedade, causando comoção e descrença da população em relação à Administração Pública.

3.2 PREVENÇÃO DE FRAUDES EM LICITAÇÕES COM APLICAÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Destaca-se hoje no painel geral do Brasil, por estar voltado a algum receio quanto aos altos índices de fraudes em licitações, principalmente quando se fala em administração pública pois, é visível que está vulnerável e que o sistema da gestão de riscos é falho, deficientes e ineficazes para prevenir, quanto mais combatê-las (SPINELLI, 2018).

Destarte, entende-se que o melhor instrumento para a prevenção nas licitações públicas, é a implantação de um programa efetivo, conhecido como PROGRAMA DE INTEGRIDADE, o qual está previsto no art. 7°, inciso VIII, da Lei 12846/13 – Lei Anticorrupção, nos Art. 41 e 42 do Decreto n° 8.420/2015 e na portaria CGU n° 909/2015.

Na íntegra deste mandamento legal, o art. 41 do Decreto n° 8420/2015, explana que:

> Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

De acordo com Spinelli (2018), no Brasil há dois mecanismos de Combate a Corrupção e a Lavagem de dinheiro, o qual incentivaram aderência dos órgãos e instituições diante de contratações públicas, sendo eles o Programa de Integridade e o de Governança.

Ainda segundo o autor, a distinção se dá que o Programa de Integridade nos traz a ideia de prevenção, o que busca prevenir, detectar e remediar a ocorrência do ilícito enquanto que, a Governança é uma ferramenta de liderança, estratégia e controle que direciona, controla, monitora e atua durante a gestão as aquisições, com objetivo que as aquisições agreguem a organização, com riscos aceitáveis.

3.3 SETOR ESPECÍFICO COM ATRIBUIÇÕES DEFINIDAS

Para um funcionamento adequado, é relevante que se crie um setor específico de licitação, definindo uma estrutura organizacional, atribuições e competências, designando a responsabilidade das áreas e dos cargos efetivos, de forma a atingir os objetivos. É importante que o setor de licitações tenha uma estrutura adequada tanto de recursos financeiros quanto materiais, tecnológicos e humanos para que as atribuições possam ser desenvolvidas com desempenho satisfatório (CASTRO & ZILIOTTO, 2019).

O processo de seleção para os ocupantes dos cargos deve ser o mais transparente e formal e com base na competência a ser intitulado e, primordialmente tendo acompanhamento de um comitê especializado, para que possa auxiliar a alta direção nas decisões relativo às aquisições, com objetivo de alcançar os melhores resultados para a organização e a sociedade (SERPA, 2016).

3.4 ANÁLISE PERIÓDICA DE RISCO DE FRAUDES EM LICITAÇÃO

A gestão de riscos deve ser a base das políticas e procedimentos definidos no programa de integridade pois, mapeando através de uma boa gestão, se detecta previne e controla os movimentos que podem estar causando uma suposta fraude.

Fato é que, identificando precocemente por prevenção tais ameaças através da gestão, acompanhamento e aplicando os mecanismos assim que detectado, reduzirá possíveis atos de corrupção na entidade, não causando prejuízo aos objetivos do processo de licitação (SPINELLI, 2018).

Diante do exposto acima, entendesse que não basta introduzir a gestão de riscos se não houver monitoramento, é um processo importante, que deva ser mapeado constantemente, por isso a importância de um setor próprio, desta forma, conseguirá verificar o grau de maturidade dos controles internos e identificar com mais facilidade novos riscos relacionados às fraudes (SPINELLI, 2018).

O mesmo autor recomenda algumas práticas para um *startup* como por exemplo:

- Estabelecer formalmente os objetivos da organização diante do que se espera das aquisições junto a estratégia da empresa;
- Comunicar, quando identificado, diante de avaliação, tratamento, monitoramento e comunicação, dos riscos detectados no momento;
- Delegar de forma clara, sempre formal, a responsabilidade do gerenciamento de riscos aos gestores responsáveis;
- Designar servidores para atividade de identificação, fiscalização, avaliação e tratamento de riscos;
- Analisar periodicamente a capacitação dos gestores e servidores para dar continuidade nas atividades de acompanhamento dos riscos nas licitações; e
- Incentivar uma cultura de gerenciamento de riscos, que de acordo com o tempo se tornará automático no entendimento dos colaboradores.

Diante das recomendações citadas acima, se seguido, tende a facilitar o mapeamento e acompanhamento do sistema de gestão.

3.5 DESENVOLVIMENTO DE MECANISMOS DE PREVENÇÃO E DETECÇÃO DE FRAUDES E ILÍCITOS NO ÂMBITO DE PROCESSOS LICITATÓRIOS

Dentre as políticas que as entidades podem adotar para aprimorar a gestão das licitações e a prevenção de fraudes, temos por base o Acórdão TCU – n° 2.622/2015 - Plenário que explana o seguinte entendimento:

- Na política de compras, o objetivo é estabelecer diretrizes, centralizando ou descentralizando as aquisições, estabelecendo o número de

fornecedores a participar, com suporte de quem é usuário direto do produto ou obra, principalmente se tem diretrizes de padronização;

- Na política de estoque, deve-se estabelecer um ponto de equilíbrio do que deve ser estocado, entrando somente o que saí diante da rotatividade dos produtos;
- Outra forma, é de organizar estratégias de compras conjuntas com certas organizações, com formação de registros de preços em planilhas, constatando registro em ata;
- Por vez, estabelecer a política de delegação e reserva de competência, que determina diretrizes para as contratações após elaboradas, visando as necessidades e riscos, com devido acompanhamento e monitoramento aos atos delegado;
- Algumas práticas recomendadas são as de instituir a política e procedimentos formalizados, com regras de prevenção, detecção e correção de possíveis fraudes nas licitações, baseando-se no processo de gerenciamento de riscos desenvolvido e, também, a utilização de plataforma para operar processos eletrônicos com alertas que indiquem a ocorrência de vínculo entre licitantes.

3.6 TREINAMENTOS PERIÓDICOS E COMUNICAÇÃO SOBRE PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Para que o programa de integridade em licitação seja eficaz, é necessário que seja feito investimento da alta direção em comunicação e treinamento aos colaboradores e terceiros, ensejando uma promoção de uma cultura ética e íntegra na organização disponibilizando treinamentos específicos e direcionados, aferindo resultados, compreensão e implantação das informações (SPINELLI, 2018).

Importante ressaltar a importância dos canais de comunicação e denúncia que são instrumentos essenciais de apoio ao desenvolvimento dos Programas de Integridade. Possibilitam a detecção de irregularidades e permitem que quaisquer pessoas interajam direta ou indiretamente com a empresa se manifestando com suas considerações (CASTRO & ZILIOTTO, 2019).

Um sistema de ouvidoria pode atuar tranquilamente como canal de denúncia, pois, a atuação é entre o cidadão e a administração pública, obtendo maior segurança, transparência a todas as partes interessadas (SPINELLI, 2018)

3.7 MONITORAMENTO CONTÍNUO DO PRAGRAMA DE INTEGRIDADE

O programa deve ser monitorado constantemente para averiguar se os parâmetros se mantêm adequados e qualificados pois, as mudanças de cenários, podem alterar os riscos da empresa, sua priorização, tornando obsoletas as políticas e procedimentos formados pelo programa de integridade (SPINELLI, 2018).

Para que o programa de integridade tenha plena efetividade, é fundamental que seja aplicada medidas disciplinares no caso de violação do programa, desta forma, assevera que os desvios de conduta não serão tolerados perante a administração (SPINELLI, 2018).

Estipular medidas disciplinares e acompanhar a implementação das sanções aplicadas é essencial que sejam de forma tempestiva e integral (SPINELLI, 2018).

4 PADRÕES DE CONDUTA E CÓDIGO DE ÉTICA

Define-se em códigos de ética instituindo os padrões de comportamento, desde a alta direção da instituição, até os terceirizados, ou seja, prestadores de serviços, como devem se comportar, tratando os valores e condutas de forma transparente, ampla, séria e objetiva (SPINELLI, 2018).

O código de ética deve contemplar o conflito de interesse dos licitantes, como recebimento de brindes, presentes ou vantagens nas relações com fornecedores, logo, seria ideal estabelecer a proibição do colaborador aceitar qualquer que seja a vantagem para que não repercute como forma de troca de favores (SPINELLI, 2018).

5 TRANSPARÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA

Sobre este tema, temos a Lei 12.527/2011, (LAI – Lei de Acesso à Informação), o qual representado pelos Arts. 7° e 8°, descritos da seguinte forma abaixo:

> Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
> I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;
> II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;
> III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;
> IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;
> V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;
> VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e
> VII - informação relativa:
> a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;
> b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores".

O art. 8º complementa ao definir como facilitar o acesso de informações dos procedimentos licitatórios, editais, resultados e dos contratos celebrados (SPINELLI, 2018).

É importante a disponibilização dessas informações na internet, os instrumentos que integram em um processo de licitação como: estudos técnicos preliminares, requisição do objeto, estimativas de preço, histórico de preço, pareceres técnicos e jurídicos entre outros (SPINELLI, 2018).

6 OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Além dos mecanismos apresentados entre outros não citados, entende-se necessária a inclusão legal, ou seja, legislação, e citaremos a seguir alguns exemplos como a Lei pioneira nº 7.753, de 17 out 2017, que dispõe sobre a Instituição do Programa de Integridade nas Empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro.

A licitação é o procedimento obrigatório a ser utilizado pela Administração Pública para realizar suas contratações e é regida principalmente pela Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei Federal nº 10.520/02 (Lei do Pregão) (PIRONTI, 2018).

No momento, estamos na iminência de uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos, onde já vem se discutindo a junção do Projeto 6.814/2017 ao anterior projeto 1.292/95, o qual já havia sido debatido no Senado diante do PLS 559/2013. São projetos que modernizam a Lei 8.666/93 e tem como objetivo algumas principais mudanças que se aproximam com a nova lei de licitações e contratos (CONSULTOR JURÍDICO, 2016).

A lei geral de licitações da Administração pública 8.666/93, obteve alteração em dois artigos. O inciso III de seu art. 21 foi modificado para excluir a obrigatoriedade da publicação de seus avisos em jornais diários de grande circulação e indicar a necessidade de divulgação no sítio eletrônico oficial. Por sua vez, o art. 34 § 1°, referente à manutenção de registros cadastrais, a lei substituiu a exigência de publicação em jornal diário, com periodicidade mínima anual, pela divulgação por meio de sítio eletrônico oficial (OLICITANTE, 2019).

O autor ainda discorre que, a lei que instituiu a modalidade Pregão, teve o inciso I de seu art. 4º alterado para incluir a necessidade de que a convocação dos interessados seja realizada também por meio de sítio eletrônico oficial dos entes federados, excluindo da mesma forma a publicação em jornais de circulação local ou de grande circulação (OLICITANTE, 2019).

Diante das mudanças citadas, a consulta pública segue como sendo obrigatória, bem como a divulgação na imprensa oficial e em sítio eletrônico oficial (OLICITANTE, 2019).

Por último, a lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, retirou do §1º, I, de seu art. 15, o que permitia publicação dos extratos de editais de procedimentos licitatórios e de pré-qualificação em jornal diário de grande circulação (OLICITANTE, 2019).

Destarte, entende-se que a ferramenta de *compliance*, pode e deve ser adaptada pelo governo manusear juntamente com o aumento da transparência dos atos relativos à execução dos contratos, criando-se um Programa de *Compliance* no lado público. Esse aprimoramento leva além da prevenção e mitigação dos riscos de eventuais infrações, pois, o programa de *compliance* propicia vários benefícios para a empresa, como a preservação da marca, imagem e credibilidade aos clientes, acionistas e investidores juntamente com o aumento da eficiência, produtividade e lucratividade (OLICITANTE, 2019).

Isto posto, até o presente momento, especificamente em relação aos contratos celebrados com o poder público, a criação e implementação do Programa de *Compliance* sempre foi uma opção – recomendável, mas uma opção. Entretanto, existe uma tendência a mudar esse cenário devido alguns estados e municípios da federação, por estarem trabalhando em projetos de leis que passam a exigir sua existência como condição obrigatória para contratação com o poder público estadual e municipal (SÁ, 2017).

No que diz respeito à inconstitucionalidade quando da exigência de programas de *compliance*, o olhar da inconstitucionalidade, haveria restrição à competitividade, já que somente as empresas com a implantação do programa poderiam participar das licitações públicas com a referida exigência, sobressaindo como vantagem em suas propostas, já que estaria supostamente a frente pelo tempo que leva estar em conformidade com a devida implementação, dentro do prazo e estabelecido pelas normas. Segundo esse entendimento, referida imposição violaria diretamente o artigo 37, inciso XXI, da Constituição, que endossa a igualdade de concorrência entre os participantes no que abrange o poder público (SÁ, 2017).

Visto que, o objetivo principal é o preenchimento dos requisitos necessários à satisfação do interesse público, vivemos em momentos que devemos prezar por uma estratégia preventiva de combate a fraudes atendendo inclusive o princípio da economicidade (CASTRO & ZILIOTTO, 2019).

No entanto, o relacionamento do setor privado com a Administração Pública tem passado por profundas transformações, sendo uma delas, o incentivo à implementação de programas de integridade nas empresas. O STF não tem se manifestado sobre a exigência, por lei estadual, de programas de integridade na contratação com a Administração Pública, o que se extrai dos seus julgados é pela sua inconstitucionalidade enquanto que pela doutrina, não há consenso sobre o tema (ARARIPE & MACHADO, 2018).

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, que saiu na frente com o Art. 1º da Lei Ordinária nº 7.753/2017, ficando estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro.

No Distrito Federal, também foi implementada a Lei Distrital 6.112/2018, para obrigatoriedade do programa de integridade, porém, o prazo é certo e determinado para sua implementação. Não obstante, no Rio grande do Sul foi implementada a Lei Estadual 15.228/2018 com o objetivo de prevenção, no entanto, o parágrafo único do art. 38, determina que o programa deve ser estruturado, aplicado e atualizado conforme as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, garantindo o aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade (CASTRO & ZILIOTTO, 2019).

Visto que, a proposta do presente artigo é a prevenção de fraudes nas licitações públicas com a implantação do programa de *compliance,* o mais aceitável é que o programa venha a ser incluído na legislação, como exigência nas contratações públicas, no sistema normativo, concatenando os requisitos de habilitação, fornecendo segurança jurídica (OLIVEIRA, 2019).

7 DECLARAÇÃO DO TCU QUANTO À IMPLANTAÇÃO DO PROGRAMA DE COMPLIANCE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O TCU delibera que a comprovação da capacidade técnica deve ser fundada pelo art. 37, XXI da CF, que remete exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (TCU, 2010).

Vale ressaltar, conforme deliberações do TCU que, as legislações aplicáveis dos contratos administrativos regulam-se por suas cláusulas, normas da Lei de Licitações e seus preceitos de direito público. No caso de legislação omissa, os contratos serão regidos supletivamente por princípios da teoria geral dos contratos e pelas disposições de direito privado, aplicando as deliberações do TCU, art. 15, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

No entanto, não há uma posição consolidada do TCU, porém, o órgão está mapeando riscos de exposição à fraude e corrupção na administração pública sugerindo melhorias, entende-se que se tem apreciado o tema positivamente, oferecendo, um tipo de ferramenta para que as instituições possam aprimorar os controles e aperfeiçoar a gestão de risco (TCU, 2018).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos e desenvolvimento desse trabalho, defende-se que o programa de integridade deve ser um instrumento de gestão da administração pública obrigatório pois, até o presente momento, não se conhece outra ferramenta de tamanha eficiência para evitar o “pesadelo” das ilicitudes nas contratações com o poder público. A implantação pode e deve ser efetuada tanto em uma empresa de grande porte quanto uma de pequeno, levando em consideração as proporções. O que pode ser analisado mais criteriosamente é o prazo a ser definido pelo porte de cada organização, não restringindo sua participação.

Não há dúvidas que seria benéfico a implantação da ferramenta pois, o *compliance,* apresenta uma lógica de conformidades às normas legislativas e isso traz segurança diante do controle de processos.

Do ponto de vista jurídico, o programa de *compliance* é visto como um conjunto de princípios e regras internas, não como lei mas como segui-las, com o objetivo pontual de assegurar o cumprimento da legislação pelos colaboradores internos e externos da empresa, dentro da legalidade, influenciando gradativamente na mudança cultural em relação à ética, prevenindo a prática de condutas ilícitas e o detrimento à imagem da organização.

O programa de integridade e *compliance*, com efetivo monitoramento sobre os funcionários responsáveis pelo contato direto entre agentes públicos e fornecedores, deve ser incluído nos procedimentos imprescindíveis a serem controlados pela empresa, fomentando o conhecimento do risco e consequência de envolvimento em condutas ilícitas.

Quanto a execução do contrato, tem que estar em consonância com os parâmetros, requisitos do edital, dentro da legalidade dos atos e normativos. Seria ideal se as transações entre os representantes da empresa e os agentes públicos fossem registradas com o máximo de transparência.

E por fim, o que se extrai de relevante dos códigos de ética e conduta já instituídos para os servidores públicos, como um dos objetos deste trabalho, seria do legislador, objetivamente, impulsionar uma cultura de condutas éticas no âmbito interno dos órgãos públicos, para que seja elucidado a importância de seguir as normas, evitando condutas ilícitas, levando a cometer fraudes nas visadas licitações.

REFERÊNCIAS

ARARIPE, C. M. A.; MACHADO, R. C. R. Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** 2018. Disponível em: <https://www.rdi.uniceub.br/RBPP/article/view/5332> Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º , no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Artigo 41. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm> Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016.** Dispõe sobre atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1996.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 15 out. 2020.

CASTRO, R. P. A.; ZILLIOTTO, M. M. ***Compliance* nas contratações públicas: Exigência e Critérios Normativos.** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **Projeto que altera a Lei de Licitações é aprovado no Senado.** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-14/projeto-altera-lei-licitacoes-aprovado-senado> Acesso em: 20 mai. 2020.

DISTRITO FEDERAL (Estado). **Lei nº 6.112, de 02 de fevereiro de 2018.** Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. (alterado(a) pelo(a) Lei 6308 de 13/06/2019). Disponível em: < http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html > Acesso em: 15 out. 2020.

GEN JURÍDICO. **O que é *Compliance* e qual a sua importância para o profissional de Direito?** 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/09/03/o-que-e-compliance-direito/> Acesso em: 23 mai. 2020.

MENDES, F. S.; CARVALHO, V. M. ***Compliance:* Concorrência e combate à corrupção.** 1ª ed. São Paulo, Trevisan, 2017.

MOURA, R. A. P. Licitação: Abrangência das penalidades – Lei 8666/93 e 10520/2002. **Conlicitação.** Disponível em: < https://portal.conlicitacao.com.br/artigos-juridicos/licitacao-abrangencia-das-penalidades-lei-866693-105202002/> Acesso em: 21 mai. 2020.

NUCCI, G. S. **Corrupção e anticorrupção.** 1ª ed. São Paulo, Forense, 2015.

OLICITANTE. **Alterações nas leis de licitações (8.666/93), lei do pregão e lei do RDC.** 2019. Disponível em: <http://www.olicitante.com.br/mp-986-19-alteracoes-lei-8666-pregao-rdc-jornal/> Acesso em: 01 jun. 2020.

OLIVEIRA, R. C. R. A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: O Pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito federal. **Gen Jurídico,** 29 abr. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/04/29/a-exigencia-de-programas-de-compliance-e-integridade-nas-contratacoes-publicas-o-pioneirismo-do-estado-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal/> Acesso em: 22 mai. 2020.

PETRARCA, C. COMPLIANCE: efetividade e combate à corrupção. In: LAMACHIA, C.; PETRARCA, C.; MELHO, I. F.; CODIGNOTO, R. ***Compliance*: essência e efetividade.** Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. 15-20 p.

PIRONTI, R. Exigência de *compliance* nas contratações com o poder público é constitucional. **Consultor Jurídico.** 03 de dez. de 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironti-constitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas> Acesso em: 21 mai. 2020.

PORTO, V.; MARQUES, JADER. **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção.** 1ª ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2017.

REK, M. Os princípios basilares da administração pública e os aplicáveis às licitações. **Âmbito Jurídico.** São Paulo, n. 116, 01 set. 2013. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/os-principios-basilares-da-administracao-publica-e-os-aplicaveis-as-licitacoes/> Acesso em: 21 mai. 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei 7753, de 17 de outubro de 2017**. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do rio de janeiro e dá outras providencias. Disponível em: < https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj> Acesso em: 21 mai. 2020.

SÁ, T. M. F. A importância do compliance na execução de contratos administrativos. **Migalhas.** 06 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/270496/a-importancia-do-compliance-na-execucao-de-contratos-administrativos> Acesso em: 01 jun. 2020.

SERPA, A. C. ***Compliance*** **Descomplicado: Um Guia Simples e Direto Sobre Programas de Compliance.** 1ª ed. Editora: Alexandre da Cunha Serpa, CCEP, CFE. 2016.

SPINELLI, M. V. C. **Como combater a corrupção em licitações: Detecção e Prevenção de Fraudes.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DE UNIÃO. **Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU.** 4ª ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO **Nº 2622/2015 – TCU – Plenário.** Disponível em: <*portal.tcu.gov.br*> Acesso em: 21 mai. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Auditoria do TCU mapeia risco de exposição à fraude e corrupção na administração pública e sugere melhorias.** TCU, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/auditoria-do-tcu-mapeia-exposicao-a-fraude-e-corrupcao-na-administracao-publica-e-sugere-melhorias.htm> Acesso em: 22 nov. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **ATA Nº 13, DE 17 DE ABRIL DE 2013 – SESSÃO ORDINÁRIA –** Disponível em: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2013_13.pdf> Acesso em: 15 out. 2020.

Capítulo VII

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Douglas Antonio Mikos*

Miriam Cipriani Gomes**

1 INTRODUÇÃO

Diante das recentes modificações jurisprudenciais e legislativas que ocorreram no âmbito trabalhista, diversos pontos ainda geram incertezas e incongruências quanto à responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização de seus serviços.

Nessa linha, tornou-se balizadora das relações que envolvem terceirização, a Súmula 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a qual sofreu algumas modificações significativas desde sua edição, sendo a mais impactante, a alteração realizada após a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

Recentemente, vieram as alterações introduzidas pela Lei nº 13.429/2017 permitindo a realização de terceirização nas atividades fim e, ainda, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.930/DF, em que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da responsabilidade do ente público quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, em razão do art. 71 da Lei 8.666 de 1993.

* Bacharel em Direito pela FESP-PR (Faculdade de Educação Superior do Paraná). Advogado. Contato: douglas.a.mikos@gmail.com.

** Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA (2008). Doutora em Sociologia pela UFPr (2017). Professora de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho do UNICURITIBA (Centro Universitário Curitiba e da FESP (Faculdade de Educação Superior do Paraná). Advogada. Contato: miriamg@fesppr.edu.br.

Atualmente, ainda pairam algumas lacunas acerca do tema, entretanto, pode-se dizer que, mesmo minimamente, há um regramento legal e, muitas vezes construído pela própria jurisprudência, que o sedimentou.

A responsabilidade daquele que terceiriza, especificamente no que diz respeito à Administração Pública, é motivo de muito embate. Por outro lado, tem-se que o tema está cada vez mais abalizado e, portanto, aos poucos vem sendo pacificado por todos os Tribunais do país, o que, obviamente, traz maior segurança aos jurisdicionados.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO BRASIL

A terceirização surgiu nos Estados Unidos a partir da Segunda Guerra Mundial. Nesse período, especificamente em 1940, as empresas de materiais bélicos se viram incapazes de produzir conforme a demanda lhes exigia, fazendo com que delegassem para empresas menores uma ou mais etapas não essenciais de sua produção, o que se mostrou satisfatório, haja vista a redução de custos sem perder a qualidade do produto.

No Brasil, esse fator da terceirização não despontou nesse mesmo período, sendo tratado como um evento novo, com regulamentação somente no ano de 1967, com base no Decreto-Lei n. 200/67[1] e posteriormente na Lei n. 5.645/70, a qual dispunha acerca da organização da Administração Federal e estabelecia diretrizes para a Reforma Administrativa, visando evitar um crescimento incontido do poder público.

Ademais, a Lei 5.645/1970 limitou as atividades passíveis de terceirização, sendo eles: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas[2].

Na década de 1970, houve também a extensão da terceirização no setor privado, inicialmente previstos pela Lei 6.019/1974 e 7.102/1983, versando sobre o trabalho temporário e a vigilância bancária respectivamente. Vale pontuar que, a

1 BRASIL. **Decreto Lei (1967)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.html. acesso em: 12 de mar. 2019.
2 BRASIL. **Lei 5.645 de 1967**. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104116/lei-5645-70. acesso em: 12 de mar. 2019.

autorização para o serviço de vigilância bancária, foi o primeiro serviço terceirizado a fixar caráter permanente, sem limite temporal.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, não fazia qualquer referência ao evento da terceirização, cuidando tão somente de empreitada e subempreitada, nos termos do art. 455 do diploma legal, sem qualquer menção a nomenclatura terceirização ou terciarização (esta segunda faz clara referência ao setor terciário da economia).

Inicialmente sedimentou-se a terceirização, acerca de atividades voltadas para o interesse da Administração Pública, restringindo o particular de praticar a terceirização apenas ao Trabalho Temporário, em contratos de curta duração, conforme os ditames da Lei 6.019/1974.

Não obstante a delimitação dos textos de lei, com o passar do tempo a terceirização foi se expandindo para outras áreas de atividades. “Nesse contexto, ao lado da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais lançadas nas decisões ocorridas nas últimas décadas, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas de jurisprudências uniforme, a de nº 256, de 1986, e a de nº 331, de dezembro de 1993 (esta última produzindo revisão da anterior Súmula 256)” [3].

A Súmula nº 256 do TST, primeira súmula acerca do tema, editada no ano de 1986, vedava a contratação de trabalhadores por empresa interposta, transferindo o vínculo empregatício diretamente com aquele que seria o tomador de serviços.

Contudo, com a dilação das hipóteses de contratação que começaram a surgir, o TST viu-se compelido a cancelar o Enunciado da Súmula 256, editando o Enunciado nº 331, em 1993. Segundo Carrion[4]: “a Súm.256 do TST foi um freio à terceirização; a 331, um estímulo e uma concessão à realidade.”

Com o decorrer dos anos, a terceirização notavelmente foi se tornando mais usual e, tanto a jurisprudência quanto a legislação, se viram obrigadas a acompanhar essa modulação, tanto que em 2000, a Súmula 331 do TST sofreu suas primeiras alterações, com o intuito de esclarecer a extensão da responsabilidade da tomadora de serviços, passando a constar a seguinte redação:

[3] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 6. ed. – São Paulo: LTr, 2007, p. 430.
[4] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 307.

> O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Não obstante, em 2011 novamente foi alterada a Súmula 331, desta vez por ocasião da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, a qual declarou constitucional o texto contido no parágrafo 1 do art. 71 da Lei 8.666/93, chamada Lei de Licitações, preconizando:

> A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Este entendimento acabou forçando a elaboração de novos enunciados nos itens IV e V da Súmula 331 do TST, que passou a viger com a seguinte redação:

> IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
> V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Com a inclusão do item V na Súmula, consolidou-se o entendimento de que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta ou indireta, decorre da existência de culpa na contratação, não sendo possível a transferência automática ao ente público a responsabilidade pela simples inadimplência da empresa terceirizada, devendo ser demonstrada a falha na fiscalização, bem como, na escolha da empresa prestadora de serviços pelo ente público, ou seja, a culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Após longo período sem uma lei própria, a terceirização passou a ser disciplinada com a promulgação da Lei 13.429, de 31 de março de 2017. Ademais,

embora exista lacuna quanto a sua aplicação no âmbito do direito público, não há qualquer óbice para aplicabilidade da mesma neste âmbito, conforme lição de Garcia[5]:

> [...] a Lei 13.429/2017 não restringe a sua incidência à esfera privada, podendo dar margem ao entendimento de que as suas previsões sobre terceirização podem ser aplicadas, em tese, também à administração pública, desde que sejam observadas as disposições específicas a respeito, como a exigência de licitação na contratação de serviços.

Salutar observar, ainda, que inexistia conceito legal acerca da atividade fim e atividade meio, sendo tratada sempre como terceirização lícita ou ilícita, não podendo ser tratada a matéria como legal ou ilegal, exatamente pela falta de previsão legislativa, a qual foi resolvida apenas em 2017.

3 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização desconstitui a relação bilateral característica de um contrato de trabalho clássico, criando uma relação triangular, na qual há um intermediador entre a empresa, agora tomadora de serviços, e o terceiro que realizará seus serviços, possibilitando que a empresa tomadora destes serviços, passe a focar exclusivamente na atividade que considere principal.

Na lição de Delgado[6]: "Para o Direito do Trabalho *terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente.* Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam ficados com uma entidade interveniente.".

---

5 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed.Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 416.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16. ed. ver. e ampl.. – São Paulo: LTr, 2017. p. 503, grifo do autor.

Segundo Cavalcante[7], terceirização é: “todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho.”.

A terceirização torna-se motivo de muito embate, haja vista a flexibilização que vem sendo-lhe imposta, que pode acabar aviltando as condições dos trabalhadores terceirizados. José Dari Krein[8], assim assevera:

> [...] constitui-se em uma forma de flexibilização das relações de trabalho, ao permitir um rebaixamento nos salários, nas condições de trabalho e na segurança do trabalho, assim como ao promover a segmentação da representação sindical e ampliar a liberdade da empresa na alocação do trabalho.

Até o momento do julgamento pelo STF da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 juntamente com o RE 958.252, a terceirização era vista como a transferência de atividades que não faziam parte do negócio principal da empresa contratante, denominadas atividades-meio, pois assim, a empresa terceirizante passaria a concentrar-se exclusivamente nas atividades que lhe seriam essenciais, chamadas atividades-fim.

Entretanto, no julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental ADPF 324 e no Recurso Extraordinário nº 958.252[9], o STF estabeleceu a seguinte tese de repercussão geral:

> Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.

---

7 MARCELINO, Paula e CAVALCANTE, Sávio. **Por uma definição de terceirização.** Cad. CRH [online]. 2012 vol. 25, n.65, p. 332-333. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792012000200010&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 14 mar. 2019

8 KREIN, José Dari. **As Relações de Trabalho na Era do neoliberalismo no Brasil**. In: FAGNANI, Eduardo (org.). Debates contemporâneos – Economia Social e do Trabalho, 8. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 17.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental**: **ADPF 324**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Dj: 05/09/2018. STF 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584 Acesso 14 mar. 2019.

A partir de então, como se pode observar, a transferência de atividades-fim, ou as chamadas atividades principais, bem como, as atividades-meio, aquelas não relacionadas diretamente com a atividade principal da empresa, são passíveis de terceirização, sem que tal delegação se configure terceirização ilícita ou ilegal.

4 ASPECTOS DA LEI 13.429, DE 31 DE 2017 E DO DECRETO Nº 9.507, DE 2018

A Lei nº 13.429 foi sancionada em 31 de março de 2017, e ditou nova redação à Lei nº 6.019/74, quando lhe inseriu o art. 4º - A, que versa sobre a terceirização dos serviços, determinando que: "[...] Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.".

Não obstante, em 13 de julho de 2017, houve nova alteração na Lei 6.019/74, ocasionada pela Lei 13.467/2017, a qual modificou substancialmente o caput do Art. 4º - A, anteriormente inserido com o advento da Lei nº 13.429/2017. Assim, a nova redação do artigo 4º - A passou a considerar lícita a prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, retirando a expressão "determinados" e "específicos" de seu caput.

Assim, não existe mais distinção entre atividades-fim e atividades-meio, uma vez que a redação do caput do artigo 4º-A, supramencionado, admite de forma taxativa a terceirização irrestrita de *quaisquer de suas atividades, inclusive a principal*, promovendo plena liberdade para atuação das empresas prestadoras de serviços nos mais diversos segmentos.

Segundo Robortella[10], que já em 1999 lecionava acerca da evolução inconteste que a terceirização obteria, atingindo, inclusive, as atividades-fim, aduz que "a tendência é não mais erigir-se a terceirização na atividade-meio como critério absoluto de legalidade ou validade. Inexistente a intenção de fraudar direitos do trabalhador, a

[10] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Trabalho e Doutrina**, nº 21, junho de 1999. p. 34.

subcontratação na atividade-fim vai sendo lentamente admitida, reconhecida que é como instrumento de progresso econômico e geração de empregos".

Contudo, há de se ter a atenção quanto ao conteúdo do art. 5º - B da Lei 6019/1974, incluído pela Lei nº 13.429/2017, que cuidou de prescrever os requisitos a serem observados no contrato de terceirização de prestação de serviços, aduzindo que o contrato deverá, obrigatoriamente, conter o seguinte: I – qualificação das partes; II – especificação do serviço a ser prestado; III – prazo para realização do serviço, quando for o caso e, por fim, IV – valor.

Nesse caso, como se nota da leitura do inciso segundo, deve haver a especificação quanto ao serviço prestado, o que, nas lições de Gustavo Filipe Barbosa Garcia[11], entende-se que a intermediação de mão de obra em si não é admitida, mas, tão somente a prestação de serviços, conforme preleciona:

> Ainda assim, entende-se que a *intermediação de mão de obra* não é admitida, por resultar em fraude ao vínculo de emprego com o efetivo empregador (art. 9.º da CLT) e em violação ao valor social do trabalho (art. 1.º, inciso IV, da Constituição da República), o qual não se pode ser tratado como mercadoria. Desse modo, a terceirização deve envolver a prestação de *serviços* e não o fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta. Portanto, defende-se o entendimento de que os referidos serviços, na terceirização, normalmente devem ter certa especialidade.
> (...)
> Portanto, a terceirização só é admitida quanto a *serviços especificados.*

Por seu turno, o art. 4º - C da CLT, visou assegurar aos empregados da empresa prestadora de serviços, os chamados empregados terceirizados, as mesmas condições de direitos dos trabalhadores da empresa contratante, a saber:

> Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

[11] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed.rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 416.

Conforme pode-se auferir, a lei é omissa no que tange a terceirização de serviços na esfera pública. A ANAMATRA, na Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, no qual o tema era a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), recomendou a não aplicação de alguns pontos da reforma, como por exemplo o parágrafo 1º do artigo 4-A incluído na lei 6.019/1974 (o qual autoriza a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora), ao fundamento de que é inconstitucional, por violar a dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho.

Para dirimir eventuais dúvidas acerca da aplicabilidade da terceirização de serviços na esfera pública, na data de 24 de setembro de 2018 foi publicado o Decreto nº 9.507/2018, com objetivo de uniformizar a matéria no âmbito federal, conforme nota do Ministério do Planejamento[12], uma vez que, este Decreto, além de mais rigoroso, revogou o Decreto Federal 2.271/1997, que embora fizesse menção acerca da possibilidade de terceirização de serviços pela Administração Pública, não incluía as estatais federais em seu texto.

Este novo Decreto atribuiu sua validade ao disposto no parágrafo 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, chamada Lei de Licitações. Logo, no Capítulo II do Decreto nº 9.507/2018, com título de "Das Vedações", ele visa limitar os objetos que serão passíveis de execução indireta pela Administração pública federal direta, autárquica e fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista que são controladas pela União.

Já em seu Capítulo III, intitulado "Do Instrumento Convocatório e do Contrato", dispõe regras gerais para que se viabilize a execução indireta de serviços, bem como, elenca disposições contratuais obrigatórias, dentre elas, o inciso I do art. 8º, o qual exige uma declaração da contratada para que seja responsável exclusiva sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato de trabalho celebrado com a administração pública.

Portanto, com a entrada em vigor deste Decreto, tem-se que, mesmo quando se tratar de atividades imanentes aos funcionários permanentes (servidores públicos),

[12] BRASIL. Ministério do Planejamento. **Decreto uniformiza procedimentos na contratação de terceirizados no executivo federal.** Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/noticias/ultimas-noticias/decreto-uniformiza-procedimentos-na-contratacao-de-terceirizados-no-executivo-federal, Acesso em 25 jun. 2019.

a terceirização das atividades pode ocorrer, porém, em observância aos princípios da eficiência e economicidade ou razoabilidade.

Por outro vértice, embora haja um apelo pelo cumprimento destes princípios, há uma lacuna acerca do modo genérico em que foram elencados, o que pode resultar em interpretações mais amplas que o ideal, sob pretexto da satisfação de acatamento a tais princípios.

Ainda, o art. 4º do Decreto nº 9.507/2018, ao preconizar que "O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços", cuidou de chancelar, nas palavras do Consultor Legislativo do Senado Federal, Dr. Luiz Alberto dos Santos[13], uma lista "aberta" sob a discricionariedade da Administração Pública, conforme:

> (...) o Decreto delega ao Conselho de Administração a elaboração de uma lista "ABERTA" que poderá contemplar a totalidade dos cargos contidos em seu Plano de Cargos. Como inexiste, no caso das empresas estatais, "atividade exclusiva de Estado", nos termos do citado art. 247, os limites para tanto são bastante fluidos, nulificando a própria garantia de que o acesso aos empregos públicos seja vinculada ao concurso público.

Desse modo, embora o Decreto tenha buscado estabelecer alguns limites para a terceirização, o que se evidencia é que mesmo com tal ato normativo, há uma grande flexibilização atinente às atividades a serem terceirizadas, demandando, consequentemente, uma fiscalização maior por parte dos envolvidos, a fim de se evitar o aviltamento das condições e demais abusos que possam decorrer da relação.

[13] Santos, Luiz Alberto dos. **O Decreto Nº 9,507 de 2018 e a ampliação da terceirização no serviço público**, 2018. Disponível em: https://sinait.org.br/arquivos/artigos/Artigo_239.pdf. Acesso em 17 jun. 2019.

5 A TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS E SEUS LIMITES NA ESFERA PÚBLICA

A Administração Pública só pode realizar seus atos dentro dos ditames legais, haja vista que tal observação está expressa no caput do art. 37 do texto constitucional, o qual preconiza taxativamente que a administração pública observará, dentre outros, o princípio da legalidade.

Tal fato justifica a existência do Decreto 9.507/2018 mencionado alhures, bem como, todos os demais decretos já existentes, visando regulamentar os serviços que podem ser objeto de terceirização na esfera pública, uma vez que, é na legislação que o poder público encontra seu limite discricionário.

Desse modo, limitando as ações do ente público à lei, importa destacar que este encontra-se adstrito à realização de licitação para poder contratar pessoal sem a realização de concurso, mediante empresa interposta.

Muito embora a terceirização tenha sido bastante flexibilizada, incluindo, neste ponto, a própria Administração Pública, não se olvida que cedo ou tarde o ordenamento jurídico tende a se adequar às novas alterações que trouxe a Lei nº 13.429/2017 e, consequentemente, os entes públicos estão inseridos nessa adaptação.

Desse modo, a Lei 8.666 de 1993[14], chamada lei de Licitações, cuida de regulamentar o texto previsto na Constituição, instituindo as normas para licitações e contratos da Administração Pública.

De forma geral, a Lei de Licitações orienta como devem ocorrer os procedimentos licitatórios, trazendo em seu bojo os critérios necessários para que uma empresa participe da licitação, bem como, assegurando a igualdade de condições a serem exigidas de todos os licitantes.

[14] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

Não obstante, posteriormente, com o advento da Lei 10.520/2002[15] e Decreto n° 7.892/2013[16], foi inserida nova modalidade de licitação, denominada Pregão, passando a ser usual entre todos os entes, regulado por legislação própria.

Uma vantagem desta modalidade mais recente, é a grande diferença para as modalidades clássicas de Concorrência, Tomada de Preços e Convite, previstas na Lei 8.666/1993, é o fato de que não existe limite de valor, além da inversão das fases.

Nas modalidades clássicas, previstas na Lei 8.666/93, por regra, é feito primeiramente a habilitação de todos os licitantes, sendo examinados os aspectos jurídicos, fiscais, técnicos e econômico-financeiro de cada participante, nos termos dos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações, permanecendo no certame apenas aqueles que podem ser devidamente habilitados.

Já o Pregão, conta com procedimento inverso na busca pela celeridade, sendo aberta a fase de classificação e julgamento de propostas dos licitantes, prosseguindo para os lances e, somente após realizados estes, é realizada a fase de habilitação do vencedor do certame.

Portanto, muito embora esteja em voga a questão de terceirização, sendo questionada, inclusive, se poderá ser aplicada de maneira irrestrita pela Administração Pública, a par da legislação vigente, tem-se que os entes públicos devem seguir fielmente todo o regramento jurídico para que seja realizada a terceirização de serviços, não podendo agir de modo diverso, sob pena de afronta aos princípios que regem o serviço público, dentro os quais, aqueles insculpidos no caput. Do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

[15] BRASIL**. Lei 10.520/2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

[16] BRASIL. **Decreto n° 7.892/2013**. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm. Acesso em 29 jul. 2019

6 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 DE 2010

Por ocasião da ADC/16, proposta pelo Distrito Federal, o embate quanto a responsabilidade da Administração Pública assumia novamente o destaque em torno do meio jurídico.

Nesta oportunidade, o Supremo Tribunal Federal atribuiu eficácia contra todos e efeito vinculante nos termos do artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal, ao declarar a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71, da Lei de Licitações nº 8.666/93[17].

Como consequência, a decisão de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública após regular licitação, não acarreta a esta última, de forma automática e objetiva, em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles créditos.

Entretanto, tal fato não significa que, quando analisado cada caso em concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados no processo, não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, diante da ausência comprovada de fiscalização daquelas obrigações trabalhistas devidas pelo empregador.

Sendo assim, a partir da decisão do STF, a responsabilidade subsidiária somente pode ser imputada aos integrantes da Administração Pública, quando comprovada sua culpa no exercício da fiscalização do contrato de prestação de serviços e não pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, o que conferiu a nova redação conferida ao inciso V, da Súmula 331, TST.

Com efeito, a condenação subsidiária decorre da culpa *in eligendo e in vigilando*, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002. Culpa *in eligendo*, porque o ente público deveria ter sido mais cauteloso na escolha de seu contratado, no que toca à idoneidade econômico-financeira. Culpa *in vigilando* se revela porque o contratante tem o poder de fiscalizar as obrigações existentes entre a empresa

[17] BRASIL. Lei Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, Disponível Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm Acesso em 05 out. 2019

prestadora dos serviços e o empregado, nos termos dos artigos 58, III e 78, VII, da Lei 8.666/93.

Por este motivo, o poder administrativo, como pontua a vasta doutrina, há de ser visto como um poder-dever, tendo a Administração, o dever de zelar pelo atendimento dos direitos sociais dos trabalhadores que prestam serviços a seu favor, atendendo aos mais altos valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o valor social do trabalho, nos termos dos arts. 1º, IV, e 170, da CF.

7 JUDICIALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA A LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 760931

Um fato notório nos tribunais trabalhistas por todo o país, são as inúmeras ações que envolvem a administração pública no polo passivo nas demandas relativas à terceirização de seus serviços.

Some-se a isto, decisões dos tribunais que, quando invocam a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, são contraditórias acerca do mesmo tema, gerando, consequentemente, aumento do receio quanto a segurança jurídica por parte dos jurisdicionados e, na mesma órbita, aumentam substancialmente os litígios em torno da terceirização.

Não demorou muito, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca do tema, através do Recurso Extraordinário de nº 760.931, obrigando-se a se posicionar quanto as possibilidades de responsabilização do ente público, nos casos em que existam o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada para prestar serviços e, como esta deveria ser aplicada na prática.

Isto porque, muito vem se discutindo, além de ser questão de divergência na própria Justiça do Trabalho, o que seria, de fato, a fiscalização *in vigilando*, mais precisamente, sobre qual seria a maneira adequada desta fiscalização, para que se afaste ou se impute à Administração Pública a responsabilidade pelas verbas

trabalhistas pleiteadas, em face do inadimplemento da empresa prestadora de serviços.

A divergência se encontra na questão em que, se houver inadimplemento por parte da contratada, transfere-se de modo automático a responsabilidade de quitação para o ente público? Se não transfere objetivamente essa responsabilidade ao ente público, como seria demonstrada de modo efetivo, ao ponto de responsabilizá-lo? Essa dúvida, no entanto, faz com que a jurisprudência não chegue a uma uníssona voz, produzindo decisões divergentes e restritivas ao próprio instituto da terceirização.

Aliás, no Recurso Extraordinário, RE 760931 / DF, uma das razões centrais do recurso, expostas pela União, é exatamente questionando a responsabilidade objetiva, ao argumento de que, o Tribunal Superior do Trabalho, ao manter a responsabilidade subsidiária do ente público com base no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, fundamenta sua decisão com suporte na responsabilidade objetiva, em desobediência ao conteúdo da decisão prolatada na ADC/16 e, consequentemente, ao disposto no artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o qual atribui ao Supremo Tribunal Federal, nas decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ademais, fala-se acerca da culpa *in vigilando*, e não da culpa *in eligendo*, pelo fato de que esta última, ao se referir à escolha, não estaria submetida a discricionariedade da Administração Pública, uma vez que, para que a empresa possa prestar serviços à qualquer ente público, necessariamente deverá passar por processo licitatório, nos termos preconizados na Lei nº 8.666/93.

Desse modo, quando a empresa prestadora de serviços consegue ingressar no âmbito público através de licitação, para prestar seus serviços, ela demonstrou ter idoneidade suficiente para se manter fiel ao contrato, adimplindo com as responsabilidades que lhe são impostas contratualmente.

No andamento do Recurso Extraordinário 760.931/DF, com repercussão geral, a União, através da secretária-geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União (AGU), expôs número expressivos de ações judiciais em que figura como ré,

totalizando mais de 100 mil casos, contabilizando os que encontravam-se sobrestados, que se contabilizados, totalizam um montante de R$ 870 milhões de reais[18].

Após muita discussão, sendo considerado entre os Ministros o fato de que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas estava sendo transferida à administração pública como se fosse responsabilidade objetiva do Estado, o STF assim decidiu:

> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017.

Este fato se deu, pois, quando demonstrado que o ente público cumpre com seu dever de fiscalização com o contrato de terceirização de serviços, oriundo de licitação, não há coerência na responsabilização deste, ou seja, vedou-se a transferência automática da Administração Pública por estas obrigações, devendo, em cada caso, ser apurado através de conjunto probatório a responsabilidade.

Deste julgamento, merece destaque, ainda, quando do julgamento dos embargos de declaração pelo plenário, o voto da ministra Cármen Lucia, extraído de fls. 314 do acórdão, ao aduzir que:

> A alegada ausência de comprovação, em juízo, pela União, da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de 'prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador'. (...) para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância. Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Interessados se manifestam em julgamento sobre responsabilidade da administração pública em terceirização.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335066, Acesso em 11 de ago. 2019

> obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros.

Nesse sentido, ainda, esclarece em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, às fls. 229 do acórdão dos embargos declaratórios do Recurso Extraordinário 760.931 que, a responsabilidade objetiva, que vinha sendo aplicada através do enunciado do TST, viola claramente a decisão do Supremo, proferida no julgamento da ADC/16.

Quando efetuada a leitura dos votos que originaram a tese prevalecente, a discussão assentou-se quanto ao ônus da prova, entretanto, não deixou prevalecer qualquer tese acerca de quem recairia o mesmo, ao menos não neste momento.

A jurisprudência pacífica no Tribunal Superior do Trabalho, é pela aplicação da culpa presumida, devendo o ente público se desincumbir do ônus probatório, entretanto, a luz da jurisprudência do STF, não se deve cogitar em inversão do ônus da prova ou culpa presumida, uma vez que, o art. 71 da Lei 8.666/93, cuja constitucionalidade foi reconhecida quando do julgamento da ADC 16, dispõe que a "inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento".

Portanto, conforme entendeu o Supremo Tribunal, não há como deixar de reconhecer a responsabilidade subsidiária da administração pública quando esta faltar com seu dever de fiscalizar o contrato, contudo, não se pode transferir a responsabilidade pelas verbas inadimplidas pela empresa contratada sem qualquer critério e análise do caso em concreto, sendo necessária a comprovação do nexo de causalidade entre o inadimplemento das obrigações trabalhistas e a conduta negligente dos integrantes da Administração Pública na fiscalização da prestadora de serviços.

8 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DA EMPRESA TERCEIRIZADA E A SÚMULA 331 DO TST

Sempre se entendeu que era impossível a terceirização de serviços ligados às atividades principais da empresa tomadora de serviços, mesmo após o advento da Lei nº 13.467/2017, a qual determinou no caput. de seu art. “4º A”, ser lícita a transferência feita pela contratante quanto a execução de quaisquer de suas atividades. Um dos vários motivos de tal óbice é evitar-se a precarização dos direitos trabalhistas, que se entende, há muito vem sido alvo de diversas alterações e, muitas vezes, quando se analisa cuidadosamente, não traz toda a segurança e flexibilidade que pretendeu ao trabalhador.

Contudo, na ADPF nº 324, bem como no Recurso Extraordinário 958.252, em sede de repercussão geral, o STF foi instado a se posicionar sobre a terceirização irrestrita. Assim, tendo em vista a necessidade e peculiaridade dos casos, tanto a ADPF 324 quanto o RE 958.252 foram julgados concomitantemente em 30/08/2018, quando o Supremo Tribunal, por maioria, nos termos do voto do relator, julgou procedente o pedido e fixou a seguinte tese jurídica:

> É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

A Ministra Cármen Lúcia[19], presidente do Supremo à época, destacou na oportunidade que não é a garantia dos postos de trabalho que está em jogo, mas sim uma nova forma de pensar em como resolver a situação de ter mais postos de trabalho com maior especialização, garantindo a igualdade entre aqueles que prestam o serviço sendo contratados diretamente e os contratados de forma terceirizada. “Com

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429&caixaBusca=N. Acesso em 31 de ago. 2019

a proibição da terceirização, as empresas poderiam deixar de criar postos de trabalho".

Desse modo, em virtude da natureza vinculante das decisões proferidas na ADPF 324 e no RE 958.252, tem-se que o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a licitude da transferência de serviços das empresas, independentemente desta atividade estar ligada a principal ou não.

Por óbvio, esta decisão não afasta a exigência de processo licitatório quando realizada a terceirização de serviços na esfera pública, uma vez que, o art. 54 da Lei 8.666/93 preconiza as regras a serem aplicadas neste procedimento.

Consequentemente, o art. 55 do mesmo diploma legal, estabelece as cláusulas que devem necessariamente constar no contrato pactuado entre a Administração Pública e o particular, que irá prestar os serviços licitados.

Vale destacar que, o inciso XXI, do supracitado artigo 55 da Lei nº 8.666/1993 dispõe de modo cristalino "a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas", assim, há de se ter ciência que os princípios que permeiam o âmbito trabalhista aplicam-se nesta esfera também, pois, o que se discutirá na eventualidade de inobservância ao pactuado no contrato licitado, serão as verbas decorrentes da atividade laboral.

Assim, em que pese a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o ente público não pode se utilizar deste em detrimento de direitos fundamentais dos trabalhadores.

A Administração Pública está incumbida em observar todos os ditames da Lei 8.666/93, a qual exige, dentre tantos outros aspectos, uma diligente fiscalização da contratante em relação aos serviços prestados pela contratada, nos termos do Inciso III do art. 58 da multicitada Lei de Licitações, desde sua habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e, sobre o objeto do contrato, relativo a forma e prazo especificados.

Outrossim, o art. 66 da lei 8.666/93 assevera acerca da execução fiel do contrato avençado, podendo ter como consequência responsabilização das partes.

Na mesma linha do art. 58, o art. 67, em seu parágrafo 1º, prevê que a administração pública deverá designar um representante para ser o fiscal do contrato celebrado.

Nota-se, portanto, a construção da possibilidade de se responsabilizar o ente público pelas obrigações trabalhistas daqueles a quem terceiriza, conforme item V da Súmula nº 331 do TST, que permite a responsabilidade dos entes integrantes da Administração Pública.

No entanto, conforme se pode auferir do próprio item V, em seu final há a ressalva de que "A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.", ou seja, o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada não transfere automaticamente a responsabilidade por essas obrigações à Administração Pública, nos estritos termos do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993.

Nesse passo, a análise quanto à responsabilidade do ente público tomador dos serviços deve contemplar a prova produzida no tocante à demonstração, ou não, de efetiva e eficaz fiscalização, de forma objetiva, pelo tomador dos serviços, nesse caso a Administração Pública, do cumprimento das obrigações contratuais e legais do prestador de serviços.

Ainda assim, ela pode ser chamada a responder, com fundamento nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, pela omissão culposa que viole direito e cause dano ao trabalhador que lhe presta serviço terceirizado, não havendo que se falar em ofensa ao inciso II do artigo 5º da Constituição da República.

Com efeito, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, em sede de controle concentrado (ADC nº 16/2010), não afastou a possibilidade de se atribuir à Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada.

De modo diverso, reconheceu expressamente essa possibilidade quando constatada a sua culpa decorrente da responsabilidade civil extracontratual, vale

dizer, quando presentes os elementos da responsabilidade civil aquiliana previstos nos artigos 186 e 927 do Código Civil[20].

Em decisões recentes, o próprio STF tem referendado a possibilidade de aferir a culpa "*in vigilando"* da Administração Pública, nos termos da Súmula 331 do TST, sem que isso implique ofensa à ADC 16[21].

Assim, quando tratamos de responsabilidade da Administração Pública, bem como, no que afeta à fiscalização de contratos pactuados entre o ente público e pessoas de direito privado, se mostra salutar transcrever a seguinte lição de Nohara[22]:

> Como o contrato administrativo tem por finalidade a consecução de interesses públicos, é clausula exorbitante, prevista no art. 67 da Lei nº 8.666/93, que sua execução seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado.

Portanto, nota-se que a fiscalização tem como finalidade precípua, a execução imaculada do contrato celebrado, promovendo, entre outras funções, o desenvolvimento nacional sustentável, nos termos do artigo 3º da Lei de Licitação de nº 8.666/93, vinculando interesses amplos e, não apenas inter partes, haja vista a magnitude de direitos que sua efetividade tutela, não podendo ser tratada com negligência, uma vez que, se assim o for, pode atrair incontáveis danos à vida dos colaboradores terceirizados, bem como, atrair a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, causados pela empresa prestadora de serviços.

---

[20] BRASIL. LEI Nº 10.406 de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm, Acesso em 21 set. 2019

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 19878 Agravo Regimental.** Relator(a): Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 31/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 27-06-2016

[22] NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 8ª. ed. Revista, Atualizada e Ampliada, 2018. p. 438.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudo, a terceirização no Brasil, considerada um fenômeno novo, ganhou espaço nas últimas três décadas praticamente.

Mesmo com tanta inconstância, dúvidas e questionamentos, é certo que não há como negar que a terceirização está cada vez mais consolidada. A par das dissonâncias por todo o judiciário, o TST, reconhecendo a importância de regularizar o assunto, acompanhou a evolução da terceirização, elaborando e adaptando suas súmulas, primeiro a de nº 256 e posteriormente a de nº 331, vigente até hoje.

Ademais, o próprio STF tem sido um termômetro de todo regramento existente, que busca orientar o Direito do Trabalho com relação a terceirização, quando instado, haja vista ausência de critério, por parte da Justiça, ao atribuir a responsabilidade à Administração Pública.

Passamos, portanto, pelo julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, ajuizada pela União, em decorrência da inobservância do parágrafo 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, até a questão levada ao STF, em 2017, através do Recurso Extraordinário nº 760.930, buscando a vedação da responsabilização automática da administração pública, devendo ser comprovado atuação inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Este acórdão alia-se àquele já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n.º 16, ao estabelecer que, para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, conforme o disposto na Lei n.º 8.666/93, deve ser demonstrada sua conduta culposa no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas, a chamada culpa *in vigilando* ou a sua culpa na contratação, a chamada culpa *in eligendo*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm, Acesso em 21 set. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em 29 jul. 2019

BRASIL, **Decreto Lei (1967)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.html. acesso em: 12 de mar. 2019.

BRASIL. **Decreto n° 7.892/2013**. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm. Acesso em 29 jul. 2019

BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm Acesso em 05 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **Lei 10.520/2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Decreto uniformiza procedimentos na contratação de terceirizados no executivo federal.** Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/noticias/ultimas-noticias/decreto-uniformiza-procedimentos-na-contratacao-de-terceirizados-no-executivo-federal, Acesso em 25 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 324**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Dj: 05/09/2018. STF 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584 Acesso 14 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Interessados se manifestam em julga-mento sobre responsabilidade da administração pública em terceirização**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335066, Acesso em 11 de ago. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429&caixaBusca=N. Acesso em 31 de ago. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 19878 Agravo Regimental**. Relator(a): Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 31/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 27-06-2016

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 6. ed. – São Paulo: LTr, 2007, p.430.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed.Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KREIN, José Dari. **As Relações de Trabalho na Era do neoliberalismo no Brasil**. In: FAGNANI, Eduardo (org.). Debates contemporâneos – Economia Social e do Trabalho, 8. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARCELINO, Paula e CAVALCANTE, Sávio. **Por uma definição de terceirização.** Cad. CRH [online]. 2012 vol. 25, n.65, p. 332-333. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792012000200010&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 14/02/2019

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 8ª. ed. Revista, Atualizada e Ampliada, 2018.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Trabalho e Doutrina**. nº 21, junho de 1999. p. 34.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **O Decreto Nº 9,507 de 2018 e a ampliação da terceirização no serviço público**. 2018. Disponível em: https://sinait.org.br/arquivos/artigos/Artigo_239.pdf. Acesso em 17 jun. 2019.

Capítulo VIII

PENSAMENTO CRÍTICO DO DIREITO:
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA CRÍTICA PACHUKANIANA

Gabriel Antonio Kotowski[*]

Fábio Pendiuk[**]

1 INTRODUÇÃO

O pensamento crítico, em *lato sensu*, não é estudado de uma forma proporcional à sua importância durante o curso de graduação de Direito. Entende-se muito bem as razões, pois o pensamento crítico (ainda em *lato senso*) é capaz de expor todas as contradições e pontas soltas do pensamento hegemônico do Direito, que preza pelo *status quo* e por uma falsa ordem formal. O Direito, enquanto sistema de relações reais, existe para além da norma, dos bancos da universidade, dos conceitos lógico-formais e das peripécias de Caio, Tício e Mévio.

Desta forma, o presente estudo propõe uma pequena introdução à crítica lançada por Pachukanis há aproximadamente cem anos atrás, no contexto revolucionário russo. Tal crítica é essencial para entender o que *é* o Direito, enquanto um fenômeno real, social, histórico e dialético. Em oposição ao pensamento hegemônico do Direito, que o entende como uma sequência de conceitos lógico-formais sem vida, sem expressão, sem essência. E a crítica pachukaniana é capaz de expor as falhas teóricas dos imaginativos juristas do pensamento jurídico hegemônico,

[*] Bacharel em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Paraná (FESP-PR) e membro do Grupo de Estudos Humanidades em Direito da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Contato: gabriel.kotowski.97@gmail.com.

[**] Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), professor dos cursos de bacharelado em Direito e Psicologia da Faculdade de Educação Superior do Paraná e coordenador do Grupo de Estudos Humanidades em Direito da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Contato: fabiop@fesppr.edu.br.

opondo-se às contradições gerais e falhas sistêmicas que a forma jurídica proporciona.

Assim, valendo-se de aspectos gerais da crítica pachukaniana para análise do *movimento real* do Direito, a princípio, vê-se como importante analisar a questão metodológica apresentada por ele, sua análise da relação jurídica como elemento basilar da forma jurídica, o *átomo* da forma jurídica (que deve ser o primeiro ponto da análise crítica) e como o Direito, enquanto forma e conteúdo, pode ser superado.

Iniciar-se-á pelo método, buscando correlações claras (e até explícitas por Pachukanis), entre o método da crítica do Direito e o método da crítica da Economia Política. Então, partir-se-á para aquilo que em acordo com o pensamento pachukaniano, constitui o elemento basilar da forma jurídica: as relações. A partir daí, ir-se-á analisar aquilo que para Pachukanis constitui o átomo do Direito: A figura do sujeito de direito. Por fim, a análise será sobre a superação do Direito para Pachukanis e a conquista da emancipação humana.

2 A QUESTÃO METODOLÓGICA EM PACHUKANIS

O método é uma questão central em toda construção de pensamento, sobretudo no pensamento crítico, que busca analisar a realidade como ela *é.* "Todo começo é difícil, e isso vale para toda ciência" (MARX, 2017, p. 77). A leitura da obra de Marx deixa evidente que, em que pese poucas vezes tenha dirigido à questão metodológica de uma forma direta em seus escritos, ele tinha uma preocupação muito clara quanto ao método correto empregado em sua análise (NETTO, 2011).

A crítica do conhecimento acumulado em Marx consiste em:

> Em Marx, a crítica do conhecimento acumulado consiste em trazer ao exame racional, tornando-os conscientes, os seus *fundamentos*, os seus *condicionamentos* e os seus *limites* – ao mesmo tempo em que se faz a verificação desses conhecimentos a partir dos processos históricos reais. É assim que ele trata a filosofia de Hegel, os economistas políticos ingleses (especialmente Smith e Ricardo) e os socialistas que o precederam (Owen, Fourier, *et alii*). (NETTO, 2011, p. 18).

Pachukanis, por sua vez, começa sua obra buscando estabelecer qual seria o papel da teoria geral do Direito, percebendo que a teoria geral do Direito se vale dos conceitos fundamentais, em suma: Os mais abstratos (NAVES, 2008). Assim, a construção de qualquer pensamento jurídico que pretende ser desenvolvido, não pode se dar senão pelo desenvolvimento (e aceitação) das categorias jurídicas mais abstratas e gerais (PACHUKANIS, 2017). Para Pachukanis (2017), o pensamento crítico não pode tão somente se voltar ao conteúdo do Direito, mas também deve voltar-se à *forma* do Direito. Em uma primeira vista, pode acabar soando coerente com os fins revolucionários, a criação de um Direito Proletário. Entretanto, desta forma também seria imortalizada a forma jurídica burguesa, pois seriam ignoradas todas as condições históricas que culminaram no seu pleno desenvolvimento dialético. Assim, a crítica do Direito deve seguir o caminho adotado pela crítica da Economia Política. *Expondo as circunstâncias que, durante a história, culminaram no pleno desenvolvimento da forma jurídica burguesa*. Conforme aduzido por Pachukanis (2017), tal exposição será capaz de anunciar a erradicação da forma jurídica. Assim, Pachukanis reconhece o Direito como um fenômeno social e real, percebendo a forma jurídica como *forma historicamente determinada* (NAVES, 2008). Portanto, Pachukanis traz para sua crítica os princípios metodológicos seguidos por Marx na crítica da Economia Política.

Marx (2011), quando enfrenta a questão do método de *uma forma explícita*, lança críticas aos economistas do século XVII:

> Parece ser correto começarmos pelo real e pelo concreto, pelo pressuposto efetivo, e, portanto, no caso da economia, por exemplo, começarmos pela população, que é o fundamento e o sujeito do ato social de produção como um todo. Considerado de maneira mais rigorosa, entretanto, isso se mostra falso. A população é uma abstração quando deixo de fora, por exemplo, as classes das quais é constituída. Essas classes, por sua vez, são uma palavra vazia se desconheço os elementos nos quais se baseiam. P. ex., trabalho assalariado, capital etc. Estes supõem troca, divisão do trabalho, preço etc. O capital, p. ex., não é nada sem o trabalho assalariado, sem o valor, sem o dinheiro, sem o preço etc. Por isso, se eu começasse pela população, esta seria uma representação caótica do todo e, por meio de uma determinação mais precisa, chegaria analiticamente a conceitos cada vez mais simples; do concreto representado [chegaria] a conceitos abstratos [*Abstrakta*] cada vez mais finos, até que tivesse chegado às determinações mais simples. Daí teria de dar início à viagem de retorno até que finalmente chegasse de novo à população, mas desta vez não como a representação caótica de um todo, mas como uma rica totalidade de muitas determinações e relações. A primeira via foi a que tomou historicamente a Economia em sua gênese. Os economistas do século XVII, p. ex., começam sempre com o todo vivente, a

> população, a nação, o Estado, muitos Estados etc.; mas sempre terminam com algumas relações determinantes, abstratas e gerais, tais como divisão do trabalho, dinheiro, valor etc., que descobrem por meio da análise. Tão logo esses momentos singulares foram mais ou menos fixados e abstraídos, começaram os sistemas econômicos, que se elevaram do simples, como trabalho, divisão do trabalho, necessidade, valor de troca, até o Estado, a troca entre as nações e o mercado mundial. O último é manifestamente o método cientificamente correto. O concreto é concreto porque é a síntese de múltiplas determinações, portanto, unidade da diversidade. Por essa razão, o concreto aparece no pensamento como processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, não obstante seja o ponto de partida efetivo e, em consequência, também o ponto de partida da intuição e da representação. Na primeira via, a representação plena foi volatilizada em uma determinação abstrata; na segunda, as determinações abstratas levam à reprodução do concreto por meio do pensamento. (MARX, 2011, p. 54)

Então, para Marx (2011), é metodologicamente equivocado partir de um todo concreto. Eis que o concreto é uma abstração vazia, se desconsiderados todos os seus elementos constitutivos. Assim, a análise deve partir das abstrações mais simples, ao fim de se alcançar as abstrações mais gerais e concretas. Sendo a totalidade concreta o ponto final do estudo, não seu pontapé inicial. Pachukanis (2017) entende que a metodologia marxiana pode ser empregada ao estudo e à análise do Direito.

Marx (2011), com seu método da Economia Política, criticou os economistas burgueses por estes terem iniciado seus estudos com a totalidade concreta. Pachukanis, então, ao propor a aplicação do método marxiano à análise da forma jurídica, acaba por criticar os juristas burgueses, que assim como os economistas burgueses, partem da totalidade concreta (KASHIURA JR; 2015).

Para Pachukanis (2017), os conceitos das ciências sociais não são apenas *elementos do pensamento*, pois o desenvolvimento conceitual nas ciências sociais reflete o seu próprio desenvolvimento enquanto fenômeno histórico-dialético real. Assim, o Direito enquanto conceito e forma (e uma totalidade concreta repleta de várias determinações), também é um fenômeno histórico-dialético real, que não existe somente na cabeça imaginativa dos juristas burgueses, mas também é um produto do seu próprio desenvolvimento. Portanto, sendo o Direito produto das condições sociais histórico-dialéticas, ele deve ser analisado como sistema específico de relações, historicamente desenvolvido e imposto à vida social e material, da mesma forma que as relações de produção no bojo da sociedade capitalista.

3 A RELAÇÃO JURÍDICA E A NORMA

Se em Marx (2017), a riqueza na sociedade capitalista se apresenta como uma grande acumulação de mercadorias, em Pachukanis (2017), isso se mostra como um grande aglomerado de relações jurídicas. Assim sendo a *relação jurídica* havida entre os sujeitos de direito, tão somente seria a outra via das relações de troca de mercadorias. Então:

> Do mesmo modo que a riqueza da sociedade capitalista assume a forma de uma enorme coleção de mercadorias, também a sociedade se apresenta como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas.
> A troca de mercadoria pressupõe uma economia atomizada. A conexão entre as unidades econômicas privadas isoladas estabelece uma conexão, caso a caso, por meio de contratos. (PACHUKANIS, 2017, p. 97)

Enquanto os conceitos e categorias que existem na realidade material social, a relação sempre se prevalece perante a norma. A norma posta, assim sendo, ou advém de uma relação que já é uma realidade vida material da sociedade, ou quando parte do Estado, tão somente *premedita* o surgimento de relações correlatas ao seu conteúdo. Para se observar a vigência e/ou eficácia da norma, é necessário analisar para além do conteúdo normativo, perceber se tal conteúdo está incluso nas relações sociais correlatas, sendo parte da realidade social. Assim, ao se defrontar com a *vigência* da norma, o pensamento neokantiano do Direito não se preocupa com a realidade material, tão somente busca identificar se a norma mantém sentido lógico-formal, não existindo nada fora da norma.

Então, a instituição de uma norma pressupõe a existência de uma autoridade competente (em suma: organização política) que, supostamente representando os interesses gerais da população, dá vida à norma. Tal pressuposto leva, em uma análise superficial, à conclusão de que a superestrutura jurídica é um subproduto da superestrutura política. Contudo, conforme Pachukanis (2017) aduz, o próprio Marx teria revelado que as relações de propriedade, que são o estrato mais basilar da superestrutura jurídica, estão diretamente ligadas às relações existentes na produção material burguesa, dando a sua roupagem jurídica necessária. Portanto, a via trilhada pelas relações existentes na produção material às relações jurídicas é substancialmente menor e mais simples, do que o caminho trilhado pela *práxis* do

Direito, que depende de uma ligação entre o poder do Estado e a norma posta. Desta forma:

> O homem que produz em sociedade é o pressuposto do qual parte a teoria econômica. Desse pressuposto fundamental deve partir a teoria geral do direito, já que ela lida com definições fundamentais. Assim, por exemplo, a relação econômica de troca deve existir para que surja a relação jurídica contratual de compra e venda. O poder político, com a ajuda das leis, pode regular, determinar e concretizar das mais diversas maneiras a forma e o conteúdo da transação jurídica. A lei pode determinar de todo modo detalhado o que é passível de ser comprado e vendido, pode determinar, ainda, como, em que condições e por quem algo é passível de ser comprado. A partir disso, a dogmática jurídica conclui que todos os elementos existentes na relação jurídica, entre eles o próprio sujeito, são gerados pela norma (PACHUKANIS, 2017, p. 103).

Assim, tendo-se em vista que a lei pode determinar as formas de compra e venda, bem como suas condições, o pensamento jurídico dogmático entende que todos os caracteres da relação jurídica são criações lógico-formais da própria norma posta. Entretanto, o pressuposto fundamental para que isto ocorra é exatamente a existência de uma estrutura de produção capitalista, no seio da sociedade burguesa. A lei é incapaz de criar por si só a realidade material da vida social, a lei tão somente absorve na norma posta a relação. E, sendo ausente o pressuposto fundamental para a existência da relação jurídica, ela (ao menos em uma primeira análise), não é capaz de ser concebida e, consequentemente, absorvida com eficácia pela norma posta. Desta forma, a *relação jurídica* advém *das relações de produção material* que, por sua vez, são oriundas da estrutura econômica capitalista. Tendo-se por consequência lógica que a *relação jurídica* não depende de uma norma para ter eficácia na realidade social. Entretanto, no caminho inverso a norma depende de uma efetiva *relação jurídica*, que depende da relação material presente no seio da sociedade capitalista.

Assim, a relação econômica em sua dinâmica existente na realidade material é o pressuposto fundamental da relação jurídica que, por sua vez, encontra sua gênese na litigiosidade. Desta forma, são os interesses antagônicos (litigiosos) que entregam vida à superestrutura jurídica, através de uma *relação processual*. Então, em acordo com Pachukanis (2017), é a *práxis* do Direito, mesmo em sua forma mais arcaica e atrasada, que acaba por estampar e representar o movimento da superestrutura jurídica por completo. Assim, a relação processual acaba por realizar a abstração do

"momento jurídico" do "momento econômico", transformando o "momento jurídico" num "momento independente" (Pachukanis, 2017, pg. 104). Assim:

> O direito, historicamente, começou com o litígio, *i.e*., com a ação judicial, e só depois abarcou as relações puramente econômicas e factuais preexistentes, as quais, desse modo, desde o começo, já adquiriram um duplo caráter: jurídico-econômico. A dogmática jurídica se esquece dessa sucessão histórica e começa de repente com o resultado pronto, com as normas abstratas, com as quais o Estado, por assim dizer, preenche todos os espaços sociais, atribuindo características jurídicas a todas as condutas aí existentes. De acordo com essa representação simplificada, nas relações de compra e venda, empréstimos, garantias etc., o momento fundamental e determinante revela-se não no próprio conteúdo material econômico, mas no imperativo que se dirige em nome do Estado a cada indivíduo em particular; esse ponto de vista do qual parte o jurista prático, contudo, é inadequado para a investigação e a explicação da estrutura jurídica concreta e, em particular, para análise da forma jurídica e elas definições mais gerais. O poder estatal confere clareza e estabilidade à estrutura jurídica, mas não cria seus pressupostos, os quais estão arraigados nas relações materiais, ou seja, de produção. (PACHUKANIS, 2017, p.104)

Então, a lógica dos elementos do Direito é vinculada à lógica das relações sociais existentes na produção material e, por uma consequência clara, nas referidas relações que residem as bases estruturais do Direito Privado e de toda a forma jurídica burguesa. Uma característica muito peculiar da sociedade burguesa, para Pachukanis (2017), é o fato do antagonismo existente entre o interesse privado e o interesse público. O próprio interesse público, na relação processual, jurídica e social, assume a forma de um direito egoístico e se contrapõe exatamente desta forma ao interesse privado. Assim, absorve a essência do Direito e da forma jurídica burguesa.

Desta forma, portanto, a fusão conceitual entre Direito Público e Direito Privado é inconcebível, pois os dois regimes existem em uma contradição eterna e só assim podem existir. Sendo tal contradição a maior expressão do que a forma jurídica representa. Assim:

> (...) o próprio conceito de direito público pode ser compreendido apenas em seu movimento, de um contínuo afastamento do direito privado, precipitando-se como seu oposto e em seguida voltando-se novamente a ele, como a um centro de gravidade.
> A tentativa de percorrer o caminho oposto, ou seja, de encontrar definições fundamentais do direito privado, que não são outras senão as definições do direito em geral, tomando como fundamento o conceito de norma, não pode dar nenhum resultado além da construção de fórmulas inertes, tampouco está

> livre das contradições internas. O direito como função deixa de ser um direito, e a permissão jurídica sem o respaldo de interesse privado se torna algo inacessível, abstrato, sendo facilmente transformada em seu contrário, ou seja, no dever (todo direito público é, simultaneamente, um dever) (PACHUKANIS, 2017, p. 114).

Então, para Pachukanis (2017), o Direito em seu desenvolvimento histórico-dialético é constituído como uma cadeia de contradições dentro de sua própria forma, replicando as contradições (e antagonismos) fundamentais da estrutura da sociedade burguesa.

4 O ÁTOMO DA FORMA JURÍDICA

Marx (2017), para análise do *movimento* do Capital, encontra seu ponto de partida na Mercadoria, pois é a abstração mais simples pela qual se pode observar o movimento do capital. Para Marx (2017), a riqueza na sociedade burguesa moderna aparece como um grande acúmulo de mercadorias, que na verdade são invólucros de valor gerado pelo trabalho humano. Para Pachukanis (2017), no mesmo momento que o produto do trabalho humano se torna mercadoria, o seu proprietário se torna um sujeito de direito. Então, se o átomo da Economia Política é a Mercadoria, o átomo do Direito é, consequentemente, o Sujeito de Direito, portador-proprietário da Mercadoria.

Enquanto no processo de troca (ou seja, na estrutura da sociedade capitalista, no campo econômico) a mercadoria está acima do seu portador, no campo jurídico (superestrutura jurídica), o portador rege a *sua* mercadoria, *sendo seu proprietário*, tendo capacidade para dispor e alienar sua propriedade, em acordo com sua própria autonomia da vontade. Aqui, o portador-proprietário da mercadoria, enquanto sujeito de direito (e na superestrutura como proprietário), é presenteado pela forma jurídica com a liberdade (de dispor sobre sua propriedade) e igualdade (perante os demais portadores-proprietários de mercadoria). Então, da mesma forma que a mercadoria, na sociedade capitalista, reifica as relações de produção no momento do processo de troca e esconde as características concretas do trabalho humano (MARX, 2017), as características essenciais do homem desaparecem nessa grande abstração geral que é a figura do *sujeito de direito* (PACHUKANIS, 2017).

As relações de produção e troca, assim, são as condições materiais fundamentais que permitiram que o homem ganhasse personalidade jurídica, na figura abstrata do sujeito de direito. Também, essas condições materiais tiveram um grande impacto para fortificação da organização da sociedade burguesa, o que acabou por culminar na criação do Estado da sociedade burguesa moderna. E é, neste Estado burguês, que a abstração do homem se realiza por completo, se tornando uma figura absoluta, uma propriedade social e não mais uma mera liberdade individual para transigir. Também, o momento da capacidade jurídica é apartado da capacidade para postular algum direito em juízo. Desta forma, a abstração do sujeito de direito é subdivida em duas formas que juntas dão um acesso formal a todas as categorias do Direito burguês. A *capacidade* de realizar trocas não esgota toda a forma da *capacidade jurídica*, nem mesmo esgota a *capacidade para postular*. Contudo, no desenvolvimento histórico-dialético, foi a figura do *ato de troca* que dez emergir o sujeito de direito detentor geral e abstrato de todas as pretensões presentes no bojo do direito burguês. Sendo consequentemente, apenas no seio da moderna sociedade burguesa, após seu paulatino desenvolvimento histórico-dialético, que o Direito se completou com uma natureza completamente *abstrata*. (PACHUKANIS, 2017)

Então, é por consequência disto que a figura da propriedade (que antes mantinha um caráter de grande fragilidade) na sociedade burguesa se torna o suprassumo dos direitos. Se tornando, assim, um direito absoluto que protege *as coisas* de todas formas possíveis e, enquanto existir a organização social burguesa, será um direito protegido de todas as formas pelo judiciário, pela polícia e pela lei do Estado burguês.

No Direito burguês, a figura da *autonomia da vontade* é atribuída ao sujeito de direito da mesma forma que o valor é atribuído à categoria da mercadoria na Economia Política e, também, é na figura do sujeito com autonomia da vontade e capacidade, que o fetichismo da mercadoria é completo com o fetichismo jurídico. Nessa toada, com a evolução da produção material e consequentemente das relações de produção, bem como com a ascensão da organização social burguesa transformando-se em Estado burguês, a figura do *sujeito de direito* nada mais seria do que o proprietário de mercadorias emergido às categorias abstratas que somente a forma jurídica pode fornecer. Assim, a categoria da autonomia da vontade no direito burguês é

fundamentada essencialmente na estrutura do processo de troca da sociedade burguesa, no ensejo real do sujeito em adquirir mercadorias e alienar as suas próprias. Para que se adquira e se aliene as mercadorias, é necessário que ao menos dois portadores-proprietários de mercadoria se encontrem. Assim, no Direito burguês, tal movimento se expressa na figura da relação jurídica, na forma de um contrato realizado entre dois sujeitos livres e –formalmente- iguais, expressando suas respectivas *vontades*. Assim:

> (...) em dado estágio de desenvolvimento, as relações e as pessoas no processo de produção adquirem uma forma duplamente enigmática. Elas, por um lado, surgem como relações entre coisas, que são ao mesmo tempo mercadorias; por outro, como relações de vontade entre unidades independentes e iguais umas perante as outras, como as que se dão entre sujeitos de direito. Ao lado da propriedade mística do valor aparece algo não menos enigmático: o direito. Ao mesmo tempo, a relação unitária e total adquire dois aspectos abstratos fundamentais: o econômico e o jurídico. (PACHUKANIS, 2017, p. 124).

Portanto, a forma do contrato é um elemento fundamental do Direito. Em que pese apareça tão somente como *mais um* ato jurídico, o contrato tão somente se mostra como uma forma de transação regida pelo princípio da autonomia da vontade. Não obstante, a própria forma do ato jurídico, *in lato sensu*, surgiu da forma do contrato. Assim, para Pachukanis (2017), quando separados da forma contratual, a figura do sujeito e a figura da vontade existem tão somente como figuras abstratas, sem qualquer sentido objetivo lógico-real (em suma: sem *essência*), sendo que sua *essência* só é possível de ser realizada por completa na forma do contrato. Sendo na forma do contrato que o sujeito e a autonomia da vontade ganham a significação do seu *movimento* concreto, sendo a troca seu fundamento material e a forma mais simples de se observar o *real* movimento da forma jurídica.

O direito burguês (e o pensamento jurídico burguês por consequência), portanto, ao determinar a categoria da propriedade privada, não o faz como uma relação entre sujeito e propriedade, faz como uma relação de um homem com os outros homens (portador-proprietário com outros portadores-proprietários), isto é, uma relação entre um sujeito de direito com todos os outros sujeitos de direitos. Assim, é criada uma relação de proibição geral e totalmente abstrata, que impede todos os sujeitos (com exceção do portador-proprietário titular do direito de propriedade*)* de

exercerem todos os direitos atinentes à figura da propriedade privada de *outro sujeito de direito*. Por consequência, as abstrações lógicas do pensamento jurídico burguês sobre a *propriedade privada* tiram qualquer sentido real possível, condenando *a propriedade privada* à uma pena perpétua dentro de um poço sem fundo de abstrações gerais e vazias, sem poder realizar sua essência no mundo lógico-normativo. (PACHUKANIS, 2017)

Então, teria sido a necessidade de *circulação de mercadorias* que fez emergir, tanto a categoria do valor na economia, quanto a figura da propriedade privada em seu sentido jurídico, lógico e completamente abstrato. A figura da propriedade privada no Direito não teria se dado pela vontade das pessoas, mas pela *necessidade* de reconhecimento mútuo dos portadores de mercadoria como proprietários *iguais* e *livres*, para que se fosse possibilitada a troca. A forma da propriedade privada somente alcançou seu pleno desenvolvimento na sociedade burguesa, graças à estrutura da economia capitalista. Tal categoria, para Pachukanis (2017), se abstrai ao próprio objeto e se desliga de suas relações essenciais com a vida humana organizada de forma orgânica. Assim, para ele, a figura da propriedade na sociedade burguesa, em seu sentido jurídico (abstrato e formal), perdeu completamente a sua ligação lógica com a figura da propriedade privada presente nas formas sociais mais rudimentares que antecederam a moderna sociedade burguesa. Isto é, a relação do sujeito de direito com sua propriedade é definida por uma sequência de conceitos e determinações lógico-formais, da mesma forma que a produção social (e, portanto, as relações de produção e distribuição) é definida pela estrutura capitalista. Assim:

> A propriedade capitalista é, em sua essência, a liberdade de transformar o capital de uma forma em outra e de transferi-lo de uma esfera para outra com o objetivo de obter o máximo de lucro fácil. Essa liberdade de dispor da propriedade capitalista é impensável sem a presença de indivíduos desprovidos de proprietários, ou seja, de proletários. A forma jurídica da propriedade não está de modo nenhum em contradição com a expropriação de um grande número de cidadãos. (PACHUKANIS, 2017. P. 132).

Para Pachukanis (2017), o supracitado ocorre, pois a qualidade do sujeito de direito é entregue pela estrutura lógico-foral do Direito, sendo, por consequência lógica, *tão somente formal*. Assim, em suma, qualidade do sujeito de direito dá a todos

os cidadãos a *possibilidade* de terem propriedade, em um sentido formal, mas não os fazem proprietários em sum sentido material.

5 SUPERAÇÃO DO DIREITO E A EMANCIPAÇÃO HUMANA

Para Pachukanis (2017), a forma da propriedade privada, naquilo que tangencia a pequena propriedade rural e a forma artesanal de produção, deverá existir de uma forma similar à sua existência na sociedade burguesa. Contudo, a grande indústria que será nacionalizada deverá ser desmembrada em unidades que terão uma ligação umas com as outras, por meio de uma estrutura ainda mercantilizada. Tal ligação existente entre os *átomos* da indústria nacional deverá absorver a forma de um contrato, eis que ainda estará submetida às peculiaridades da *circulação* de mercadorias. Então, desta forma, ainda serão reguladas *as relações* na forma posta pela estrutura formal do direito burguês.

Nesta toada:

> De um lado tempos a vida econômica que se desenvolve nas categorias naturais e relações sociais entre unidades de produção que surgem sob uma forma racional, não disfarçada (não mercantil). A isso correspondem métodos imediatos, ou seja, tecnicamente substanciais, indicados na forma de programas, planos de produção, de distribuição etc., métodos concretos constantemente sujeitos a mudanças de condições. De outro lado, temos a circulação de mercadoria sob a forma de valor e, consequentemente, a conexão entre unidades econômicas expressa na forma do contrato, o que, por sua vez, corresponde à criação de regras e limitações jurídicas mais ou menos rígidas, fixas e formais entre sujeitos autônomos (um Código Civil e, possivelmente, um Código Comercial) e de órgãos (tribunais, comissões arbitrais etc.) que ajustam na prática essas relações por meio de resolução de disputas. (Pachukanis, 2017, p. 136)

O primeiro viés apresentado, de forma alguma será capaz de incorrer no desaparecimento da forma do Direito burguês. Contudo, com o paulatino desenvolvimento desse primeiro lado, a forma jurídica caminhará cada vez mais para sua superação, isto é, sua total erradicação. Assim, forma jurídica atinente ao período de transição à sociedade do futuro, não existirá da mesma forma e não exercerá a mesma função que exerce na sociedade burguesa moderna, devendo existir até ser

inevitavelmente superada e erradicada. Então, o papel real que o Direito assume no período de transição é o de auxiliar na emergência da sociedade do futuro, no mesmo passo que caminha cada vez mais à sua erradicação e superação.

Desta forma, Pachukanis (2017) reconhece que a sociedade sem classes do futuro deverá se erguer com o uso de algumas características atinentes à sociedade que a antecedeu, isto é, a sociedade burguesa. Assim, enquanto na sociedade burguesa existem os interesses antagônicos e egoísticos dos donos do capital, na sociedade de transição o antagonismo de tais interesses será eliminado, assim as relações existentes entre os átomos da indústria nacional serão condizentes com o modelo econômico adotado (isto é, o modelo econômico planificado). Portant, na medida na qual forem extintas as formas das *relações* atinentes à produção e distribuição na sociedade burguesa, erradicando a *psicologia mercantil*, o homem será emancipado, no sentido dado por Marx n'a questão judaica:

> Só quando o homem individual retoma em si o cidadão abstrato e, como homem individual – na sua vida empírica, no seu trabalho individual, nas suas relações individuais –, se tornou *ser genérico*; só quando o homem reconheceu e organizou suas *forces propres*[*forças próprias*] como *forças sociais* e, portanto, não separa mais de si a força social na figura da força *política* – [é] só então [que] está consumada a emancipação humana. (MARX, 2009, p. 71-72)

A emancipação humana não é uma conquista a ser alcançada de um dia para o outro, mas é um processo histórico-dialético que deverá ser paulatinamente desenvolvido, até chegar em seu ápice material e ser efetivamente perceptível seu alcance por toda a nova sociedade. O que é uma conquista a ser alcançada em um período distante. Assim:

> Apenas quando estudarmos o ritmo e as formas de erradicação das relações de valor da economia e, com isso do desaparecimento dos momentos do direito privado na superestrutura jurídica e, finalmente, a dissolução gradual desses processos fundamentais na própria estrutura jurídica como um todo, poderemos dizer que esclarecemos pelo menos um dos lados do processo de criação da cultura sem classes do futuro. (PACHUKANIS, 2017, p. 137).

Desta forma, portanto, para Pachukanis (2017), tanto o Direito quanto a sua estrutura lógico-formal, assim como as relações de produção de valor e sua psicologia

na sociedade capitalista, deverão ser superados de forma paulatina até sua total e completa erradicação na sociedade sem classes do futuro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou noções introdutórias ao pensamento de Evguiéni B. Pachukanis. Que, em suma, encontra no Direito e, em sua forma, uma reprodução dos aspectos essenciais das relações de produção no campo econômico da sociedade burguesa, encarando o fenômeno jurídico como algo *a ser* superado.

No primeiro tópico foi trabalhado o método que Pachukanis expõe ser o mais adequado para a análise da forma jurídica. Pachukanis, no contexto revolucionário russo da primeira metade do século XX, fez uma análise do Direito aplicando a lógica metodológica de Marx na construção da crítica à Economia Política e dedicou-se, primeiramente, a exprimir o "Método de construção do concreto nas ciências abstratas". Em tal empreitada, Pachukanis busca expor que a lógica metodológica de Marx na crítica da Economia Política pode ser aplicada ao Direito. Pachukanis faz a análise do Direito em seu desenvolvimento histórico-dialético e conceitual, determinando como Direito deve ser interpretado pelo pensamento crítico marxista.

Então, no segundo tópico, partiu-se propriamente para o início da análise a questão jurídica em Pachukanis. Pachukanis faz uma leitura da Forma do Direito partindo da análise de Marx, n'o Capital, das relações inerentes à produção e troca de mercadorias, eis que a riqueza material, na sociedade burguesa, se mostra como um grande acúmulo de *mercadorias*, na mesma medida na qual a sociedade se apresenta como uma grande sequência de relações. Assim, o fenômeno jurídico advém das *relações jurídicas*, não do conteúdo da norma. Sendo a relação jurídica capaz de explicar o fenômeno jurídico enquanto relação objetiva. Aqui, por conta das generalizações abstratas do Direito, o Direito também se apresenta na forma de uma série de contradições internas, que são inseparáveis do Direito burguês, pois tão somente reproduzem as contradições existentes na sociedade burguesa.

Após a análise da *relação*, parte-se para a análise do *sujeito de direito* que, para Pachukanis, constitui o *átomo do fenômeno jurídico*. Constituiria o *átomo*, pois a

sociedade capitalista se apresenta como uma sociedade constituída por proprietários de mercadorias, que trocam as suas mercadorias, o que se reproduz no Direito como relações jurídicas. Por isso, o *sujeito de direito* é o *átomo* do fenômeno jurídico, eis que em tal concepção é o que não pode ser dividido. Aqui, é de extrema necessidade a figura do *sujeito de direito* com sua *vontade* e sua *capacidade*, somente por ser *capaz* e ter sua *autonomia de vontade* que o homem pode trocar suas mercadorias. Então, no mundo das mercadorias, para a concepção marxiana, as relações de troca de são relações entre *coisas*, não relação entre homens, estando aqui a mercadoria *acima* de seu proprietário (fetichismo da mercadoria). No mundo abstrato do Direito, se inverte a lógica, na qual o *homem está acima da coisa*, tendo poder sobre ela e, aqui, a troca não se trata mais de uma relação entre *coisas (mercadorias)*, mas de uma relação entre sujeitos livres, capazes e com sua vontade independente (fetichismo jurídico). Sendo, portanto, neste momento que o fetichismo jurídico completa o fetichismo da mercadoria. Assim, o movimento real da relação (sujeito de direito munido de capacidade + autonomia da vontade) se afirma na forma do contrato. O contrato, aqui, é o que engendrou o *ato jurídico in lato sensu*. Já, na figura da propriedade privada, a relação do homem com sua propriedade é apartada do Direito, eis que a relação de propriedade se apresenta como uma relação do proprietário com outros sujeitos, outros proprietários. Do mesmo modo, a forma jurídica dá a *possibilidade* de os *cidadãos* serem proprietários, sem lhes dar a propriedade.

Então, no último tópico, se trabalhou com as questões atinentes à superação do Direito e a emancipação humana. Para Pachukanis, o Direito e sua forma continuarão existindo no período de transição, até serem efetivamente superados na sociedade sem classes, momento no qual o homem seria *emancipado*, no sentido dado por Marx em seu texto "*Para a questão judaica*". Aqui, o Direito (e sua forma) deve ser superado de forma gradual até ser efetivamente erradicado.

Em que pese os estudos de Pachukanis aqui expostos tenham aproximadamente 100 anos, percebe-se claramente a atualidade de seu pensamento em diversos pontos. Principalmente naquilo na sua análise da relação jurídica enquanto fundadora da norma e a incapacidade do pensamento hegemônico (usualmente neokantiano e juspositivista) em achar vida dentro da estrutura lógico-normativa. A vida existe para além do Direito e, sobretudo, fora do Direito. O Direito é incapaz por si só de entender o mundo material e vida *que realmente existe*, pois está

eternamente condenado às abstrações lógico-formais vazias que lhe foram impostas pelo seu próprio desenvolvimento histórico-dialético, paralelo ao desenvolvimento da sociedade burguesa.

Assim, o estudo de Pachukanis é essencial para qualquer pessoa que queira entender a gênese do Direito, entender o desenvolvimento histórico-dialético da forma jurídica. Entender o desenvolvimento do fenômeno jurídico, em paralelo à forma social que lhe deu vida plena, isto é, a sociedade burguesa. Por fim, tem-se por óbvio que Pachukanis não esgotou (nem assim pretendeu) a crítica do Direito. Ademais, o direito que ele estudou, condizente com cem anos no passado, é muito mais rudimentar que o direito moderno. Mas, mesmo assim, ele lançou bases importantíssimas para a análise do Direito enquanto fenômeno histórico-dialético e é, exatamente aqui, que reside a importância de seu estudo.

REFERÊNCIAS

KASHIURA JR, Celso Naoto. Pachukanis e os 90 anos de Teoria geral do direito e marxismo. **Verinotio revista on-line** – n. 19, ano X, abr./2015. P. 70-78. Disponível em: http://www.verinotio.org/sistema/index.php/verinotio/article/view/198. Acessado em: 07/11/2020, às 19h25min.

MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política: Livro I: O processo de produção do Capital**. 2ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

MARX, Karl. ***Grundrisse:* manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política**. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011, 2011.

MARX, Karl. **Para a questão judaica**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito: Um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008.

NETTO, José Paulo. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

Capítulo IX

REVISÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS FICTAS:
PRINCIPAIS ASPECTOS DE APLICABILIDADE

Juliano de Almeida Amantéa*

Constantino Comninos**

1 INTRODUÇÃO

Ao apresentar uma visão crítica e analítica dentro dos preceitos constitucionais da interpretação da sistemática de cálculo elaborado pelo INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) em relação aos aposentados desta dentro do período de vigência da Lei 9876, de 29/11/1999 (alterou a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991), que se aposentaram pela espécie de aposentadoria 41 (aposentadoria por idade), no entendimento do autor, há uma grave violação de uma regra constitucional estabelecida pela EC 20/98 (Emenda Constitucional 20 de 1998), no que diz respeito a quais contribuições devem ser utilizadas para a confecção do cálculo de RMI (Renda Mensal Inicial) do segurado. As características, critérios, e requisitos para a elaboração e análise da concessão da aposentadoria por idade e as incongruências que tornam o aposentado legitimado a solicitar a revisão de seu benefício de acordo com a Revisão das Contribuições Fictas, serão abordadas neste trabalho.

* Graduando em Direito pela FESPPR. Contato: juliano@oxplen.com.br.
** Cônsul honorário da Grécia. Mestre em Educação pela PUCPR. Professor de Economia Política da FESPPR. Contato: consuladogreciacuritiba@gmail.com.

2 CONCEITOS BÁSICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Para um melhor entendimento e compreensão de determinadas nomenclaturas, bem como do próprio objeto deste trabalho, há a necessidade de uma abordagem descritiva de termos específicos da esfera previdenciária. Nomenclaturas e sistemáticas exclusivas adotadas pelo INSS no que diz respeito a aposentadoria por idade espécie 41, ou aposentadoria por idade urbana, que é um termo mais específico e objeto de estudo dentro da regra anterior a novembro de 2019 na qual houve a reforma da previdência. Portanto, a análise em questão dar-se-á de acordo com a regra de aposentadoria estabelecida na Lei 9876, de 29/11/1999 e benefícios calculados com a utilização desta.

2.1 APOSENTADORIA POR IDADE

De acordo com a Previdência (INSS 2019), a caracterização como aposentadoria por idade se dá da seguinte forma:

> É o benefício concedido ao segurado da Previdência Social que atingir a idade considerada risco social. Têm direito ao benefício os trabalhadores urbanos do sexo masculino a partir dos 65 anos e do sexo feminino a partir dos 60 anos de idade. Os trabalhadores rurais podem pedir aposentadoria por idade com cinco anos a menos: a partir dos 60 anos, homens, e a partir dos 55 anos, mulheres. Para solicitar o benefício, os trabalhadores urbanos inscritos na Previdência Social a partir de 25 de julho de 1991 precisam comprovar 180 contribuições mensais. Os rurais têm de provar, com documentos, 180 meses de atividade rural. Os segurados urbanos filiados até 24 de julho de 1991, devem comprovar o número de contribuições exigidas de acordo com o ano em que implementaram as condições para requerer o benefício, conforme tabela abaixo. Para os trabalhadores rurais, filiados até 24 de julho de 1991, será exigida a comprovação de atividade rural no mesmo número de meses constantes na tabela. Além disso, o segurado deverá estar exercendo a atividade rural na data de entrada do requerimento ou na data em que implementou todas as condições exigidas para o benefício, ou seja, idade mínima e carência. *Observação*: O trabalhador rural (empregado e contribuinte individual), enquadrado como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário-mínimo, até 31 de dezembro de 2010, desde que comprove o efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, em número de meses igual à carência exigida. Para o segurado especial não há limite de data. (...)

Para atender aos quesitos para aposentadoria por idade, o trabalhador tem que possuir 65 anos ou mais se homem, 60 anos ou mais se mulher, e possuir, pelo menos, 15 anos de contribuição, independentemente se posterior a julho de 1994. Ocorre que, para efeitos de cálculos, o INSS somente utilizará contribuições posteriores a julho de 1994 para a composição do cálculo de RMI do segurado. Ignorando as contribuições anteriores, conforme Lei 9876, de 29/11/1999 Art 3º § 2º:

> No caso das aposentadorias de que tratam as alíneas b, c e d do inciso I do art. 18, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o caput e o § 1o não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo.

Tal critério para cálculo é adotado em função da mudança de moeda ocorrida anterior a este período na qual o país passou a adotar o Real como unidade monetária, de forma a facilitar o cálculo, o INSS começou a utilizar para cálculo somente as contribuições realizadas com esta moeda.

2.1.1 Cálculo da RMI da espécie 41 de acordo com a Lei 9876, utilizado pelo INSS

Para o cálculo de Aposentadoria por Idade Urbana, além dos requisitos para poder se adequar a tal aposentadoria, o segurado precisa ter contribuições posteriores a 94, caso este número seja inferior a 60% do período contributivo, adotar-se-á 60% como mínimo, de forma a somar as contribuições do segurado e tirar a média aritmética simples e, a partir disto, efetuar os demais cálculos.

Verifica-se se o Fator Previdenciário é inferior a 1, caso este seja inferior, utiliza-se o valor 1 como Fator Previdenciário de acordo com o Art 7º da Lei 9876/99, caso, seja maior que 1, utiliza-se o valor do Fator Previdenciário apurado. Na sequência, apurada a média aritmética dos Salários de Contribuição, multiplica-se estes afim de se obter o Salário de Benefício, após este, multiplica-se ainda pelo coeficiente apurado através do critério estipulado no Art. 50 da Lei 8213/91:

> A aposentadoria por idade, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Após este, obtém-se então a RMI do aposentado, neste caso, assim como todas as demais espécies de aposentadoria, o prazo decadencial para a revisão de RMI é de 10 anos. Entretanto, duas características distintas das demais espécies e que abrange particularmente as espécies 41 (Aposentadoria por Idade), 42 (Aposentadoria por Tempo de Contribuição) e 46 (Aposentadoria Especial) são a irreversibilidade e irrenunciabilidade após o saque do primeiro pagamento da aposentadoria.

3 CONTRIBUIÇÕES FICTAS

Analisando a sistemática de cálculo do salário de benefício da aposentadoria por idade adotada pelo INSS, desde que este seja concedido na vigência da Lei n. 9.876/99 (Lei do Fator Previdenciário), é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que utiliza como base do divisor, salários de contribuição que não foram recolhidos pelo aposentado, ou seja, contribuições fictas, expressamente vedada pela Constituição Federal.

Para facilitar o entendimento e melhor visualização demonstramos análise de um caso específico real, conforme carta de concessão anexa, observa-se que do mês de 07/1994 a 02/2011 (DER) transcorreram 199 meses, sendo que o autor possui 70 salários de contribuição. Entretanto, o Instituto Nacional do Seguro Social, utilizou o divisor 120, o qual corresponde a 60% do respectivo período básico de cálculo, apurando um salário de benefício no montante de R$ 750,37, sobre o qual fez incidir o coeficiente de 0,97, o que resultou na RMI no valor de R$ 727,85. No caso em questão, não foi utilizado o fator previdenciário por ser menos vantajoso ao segurado conforme a lei.

Nota-se, portanto, que o divisor utilizado pelo Réu (120) utiliza período em que não houve contribuições, tendo em vista que o salário efetivamente recolhido pelo autor corresponde apenas a 70 contribuições, após 07/1994.

Quanto a sistemática de cálculo do salário de benefício, a Lei n. 9.876/99, que conferiu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 8.213/1991, estabelece:

> Art. 29 - O salário-de-benefício consiste: I - para os benefícios de que tratam as alíneas b [aposentadoria por idade] e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;
> (...).
> § 2º - O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício.

Prevendo a drástica ruptura normativa, referida lei instituiu regra de transição para os segurados já filiados ao RGPS, à época de seu advento, nos seguintes termos:

Art. 3º Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do caput do art. 29 da Lei n.º 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.

> (...)
> § 2º No caso das aposentadorias de que tratam as alíneas b [aposentadoria por idade], c e d do inciso I do art. 18, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o caput e o § 1º não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo. (BRASIL, 1999)

Em síntese, pela metodologia questão (anterior a reforma previdenciária de 2019), em especial para o benefício de aposentadoria por idade, em regra, utiliza-se

a média aritmética dos 80% maiores salários de contribuição recolhidos entre 07/1994 e a DER.

Porém, se no período básico de cálculo, com início em julho de 1994 até a DER, caso segurado contar com menos de 60% de contribuições no PBC, soma-se, todas as contribuições vertidas no respectivo lapso, e o valor resultante será dividido pelo número equivalente a 60%, ou seja, exemplificando, onde:

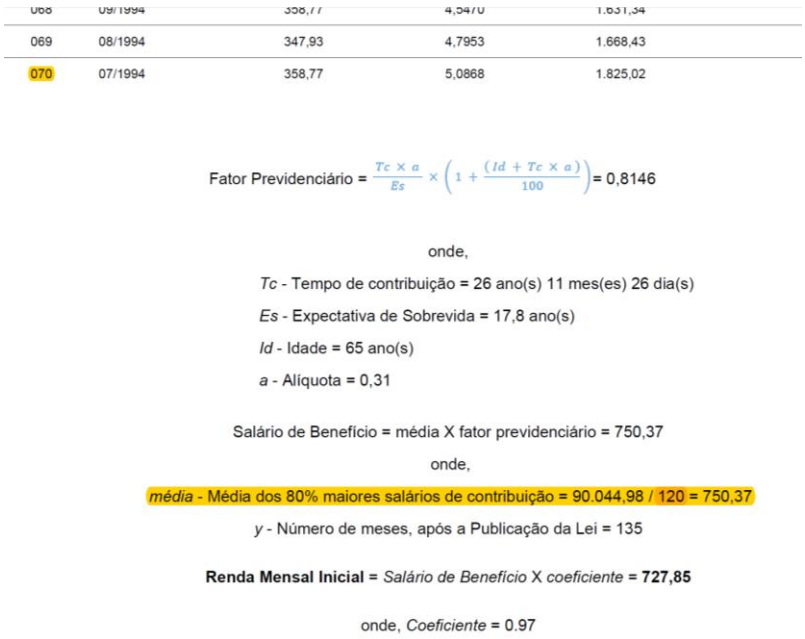
TABELA 1 – DADOS PARA CÁLCULO DE APOSENTADORIA

Lei	DER	Qut. Meses no PBC	Contribuições vertidas	60% (entre Lei e DER)
07/1994	24/02/2011	199	70	120

FONTE: O AUTOR (2020)

Então para o segurado acima, nessa DER o menor divisor possível será de 120 e qualquer quantidade inferior a essa é atribuído como contribuição “00”, ou seja, então a diferença entre as contribuições vertidas e as exigidas perfaz 50 contribuições, sendo para essas atribuído valor zero, conforme demonstrado abaixo.

FIGURA 1 – PARTE DO CÁLCULO NA CARTA DE CONCESSÃO DE UM SEGURADO



068	09/1994	358,77	4,5470	1.631,34
069	08/1994	347,93	4,7953	1.668,43
070	07/1994	358,77	5,0868	1.825,02

Fator Previdenciário = $\frac{Tc \times a}{Es} \times \left(1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100}\right)$ = 0,8146

onde,

Tc - Tempo de contribuição = 26 ano(s) 11 mes(es) 26 dia(s)

Es - Expectativa de Sobrevida = 17,8 ano(s)

Id - Idade = 65 ano(s)

a - Alíquota = 0,31

Salário de Benefício = média X fator previdenciário = 750,37

onde,

média - Média dos 80% maiores salários de contribuição = 90.044,98 / 120 = 750,37

y - Número de meses, após a Publicação da Lei = 135

Renda Mensal Inicial = *Salário de Benefício* X *coeficiente* = **727,85**

onde, *Coeficiente* = 0.97

FONTE: O AUTOR (2020)

Para o cálculo acima a somatória das 70 contribuições alcança o valor de R$ 90.044,98, contudo o divisor aplicado corresponde a 120, em suma, um cálculo de média simples das médias dos salários de contribuição são feitos da seguinte forma: soma-se os 70 salários de contribuição e divide-se por 120 meses referentes a 60% do PBC.

Entretanto, pela simples leitura dos dispositivos supramencionados, cristalino que a ideia do legislador é traduzir de forma mais fidedigna as contribuições vertidas no benefício deferido, onde passaram da utilização dos últimos 36 salários de contribuição (anterior redação) para 80% de todo o período contributivo.

O legislador expressamente refere a necessidade de haver um salário de contribuição, não podendo ser considerado fictamente, desta forma, de modo que se não houver salário contribuição, não pode gerar parâmetro para cálculo do benefício, justamente o que ocorre no caso mencionado.

Porém, assim agindo, de forma alguma traduz a vida contributiva do aposentado, pelo contrário visto que em alguns casos 2/3 ou mesmo 1/3 das contribuições utilizadas no cálculo são fictícias, violando flagrantemente o que estabelece nossa carta maior, além da notória ilegalidade praticada e da não utilização da média aritmética respeitando a condição dos 80% maiores salários de contribuição.

A Autarquia simula/utiliza contribuições que não existem, em total contrassenso com a nova ordem jurídica constitucional, vigente desde a Emenda 20/1998, a qual veda expressamente a contagem de tempo fictícia para fins de aposentadoria (período em que não há efetiva prestação de serviços e contribuição previdenciária):

Emenda Constitucional 20/1998 ART. 40, § 10: “A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”. (BRASIL, 1998)

Isso porque, os meses que decorreram das contribuições efetivamente recolhidas pelo aposentado, até as utilizadas pelo INSS para elaboração do cálculo nada mais é do que contagem de tempo fictício, tendo em vista que não houve prestação de serviços neste período, tampouco a contribuição previdenciária.

Além de infringir dispositivo expresso da nossa Carta Maior, tal situação afronta o caráter eminentemente contributivo da Previdência Social no Brasil, referido pelo art. 201 da Constituição Federal: “Art. 201. A previdência social será organizada sob

a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, [...]".

Em linhas gerais, considerando que a previdência possui natureza contributiva e compulsória, é dever do empregado contribuir para o custeio do RGPS – CF, artigo 167, XI – tudo observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

A vedação de utilização de contribuição fictícia para o cálculo de benefício foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 583.834, em matéria de repercussão geral, que por decisão unânime, deu provimento ao recurso do INSS. Referida decisão restou ementada da seguinte forma:

> CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES. 1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (caput do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição. 2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99. 3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991. 4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. 5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento.

No caso, o acórdão recorrido havia determinado o recálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez, de acordo com a sistemática prevista no art. 5º do art. 29 da Lei n. 8.213/91, onde nessa, determina-se a inclusão no cálculo dos proventos da aposentadoria por invalidez, como salários de contribuição, os valores recebidos a título de auxílio doença.

Ou seja, em Recurso Extraordinário buscava a autarquia afastar a utilização de contribuições, diga-se, fictas nos períodos em gozo de auxílio doença, que por certo e logicamente seria mais benéfica ao segurado, sendo que a Suprema Corte deu

provimento ao recurso, se manifestando pela impossibilidade de utilização de tempo ficto de contribuição.

Em seu voto, o relator afirmou que o regime geral da previdência social tem caráter contributivo, “donde se conclui, pelo menos a princípio, pelo desacerto de interpretações que resultem em tempo ficto de contribuição”.

Para ele, não deve ser aplicado ao caso o § 5º do art. 29 da Lei 8.213/91, que é “uma exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficta ou tempo ficto de contribuição”. Isso porque tal dispositivo, “equaciona a situação em que o afastamento que precede a aposentadoria por invalidez não é contínuo, mas intercalado com períodos de labor”.

Na mesma linha de pensamento do relator, o ministro Luiz Fux verificou que é uma contradição a Corte considerar tempo ficto de contribuição com a regra do caput do artigo 201 da Constituição Federal:

> Fazer contagem de tempo ficto é totalmente incompatível com o equilíbrio financeiro e atuarial.
> E o § 3º do mesmo artigo estabelece:
> "§ 3º Todos os salários de contribuição" - então, exige-se um salário de contribuição; não pode ser fictamente considerado um salário de contribuição - "considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei."
> Isso significa dizer, a contrario sensu, que, se não houver salário de contribuição, ele não pode gerar nenhum - digamos assim - parâmetro para cálculo de benefício.
> (...)

Nota-se que nem o período de afastamento é considerado, para fins de contribuição, logo, muito menos deve ser considerado o período em que o aposentado não contribuiu com o INSS, como ocorreu no caso exemplo.

O referido critério nada mais é do que a aplicação de contribuições fictícias, pois para cada mês entre 108 e 109 atribui-se como contribuição “zero”, contrariando a legislação vigente e inclusive, a Constituição Federal.

Desta forma, a situação dos aposentados que se aposentaram nos parâmetros estabelecidos, viola diretamente a Constituição Federal e qualquer decisão contraria estará admitindo a utilização de contribuição ficta, contrariando também a decisão proferida pelo STF no RE 583.834 conforme já exposto.

4 ESTIMATIVA DE IMPACTO FINANCEIRO NO INSS COM A REVISÃO

Ao analisar o impacto financeiro, deve-se levar em consideração, primeiramente, o fator decadência. Para obter-se números mais próximos a realidade, uma vez que a exatidão nesse caso é mera conjectura e praticamente impossível de se obter.

Através do portal da previdência, podemos obtermos os números de aposentadorias englobadas nesse escopo. Porém, para um resultado mais próximo a realidade utilizar-se-á, como referência, o mês de Fevereiro de 2020. Pois, apesar de estar em vigência a nova sistemática de cálculo, dentro da reforma da previdência de novembro de 2019, há ainda muitos pedidos em análise e uma fila de espera muito grande, conforme noticiado em inúmeros meios de comunicação, no entanto, para fins analíticos, adota-se o critério estabelecido em lei, conforme a lei 9.784/99, prevê em seu artigo 49, que:

Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Portanto, de acordo com a lei 9.784/99, o prazo para análise dos pedidos de concessão de benefícios previdenciários é de, 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias desde que motivada. Como a reforma teve vigência a partir de meados de novembro de 2019 (Publicação da EC 103/2019 no D.O.U), o certo é considerar como período findo da decadência, para efeitos estimativos, Fevereiro de 2020, pois pedidos de concessão atrasados, são obtidos na regra antiga com base na premissa de direito adquirido em relação ao segurado. Há ainda pedidos a serem analisados neste momento, porém, por se tratarem de números não contabilizados e difíceis de mensurar e, ainda, esta análise se tratar apenas de uma estimativa, tais dados podem ser ignotos porém, não podem deixar de ser mensurado o fato de tal situação existir. Concluindo que os números estimados são apresentados a menor do que efetivamente podem ser.

Esclarecidos os pontos relevantes para a questão do levantamento de dados no que diz respeito ao número mais próximo possível do escopo alvo desta revisão, segue-se para a análise numérica propriamente dita, na qual os números, obtidos

através do site oficial da Previdência, assim como a sistemática do cálculo como um todo segue:

FIGURA 2 – NÚMEROS DE BENEFÍCIOS ATIVOS NO INSS EM FEVEREIRO DE 2020

Quantidade de Benefícios Emitidos – INSS – Fevereiro/2019, Janeiro/2020 e Fevereiro/2020

	fev/19 (A)	jan/20 (B)	fev/20 (C)	Var. % (C / B)	Var. % (C / A)
TOTAL	**35.000.937**	**35.621.377**	**35.603.330**	**(0,1)**	**1,7**
PREVIDENCIÁRIOS + ACIDENTÁRIOS	**30.230.122**	**30.856.060**	**30.826.331**	**(0,1)**	**2,0**
PREVIDENCIÁRIOS	**29.431.713**	**30.072.833**	**30.053.673**	**(0,1)**	**2,1**
Aposentadorias	20.474.151	21.101.034	21.140.926	0,2	3,3
Idade	10.819.772	11.158.201	11.184.679	0,2	3,4
Invalidez	3.374.617	3.404.057	3.391.235	(0,4)	0,5
Tempo de Contribuição	6.279.762	6.538.776	6.565.012	0,4	4,5
Pensão por Morte	7.704.382	7.808.715	7.805.541	(0,0)	1,3
Auxílio-Doença	1.070.270	967.563	919.768	(4,9)	(14,1)
Salário-Maternidade	38.031	53.073	49.470	(6,8)	30,1
Outros	144.879	142.448	137.868	(3,2)	(4,8)
ACIDENTÁRIOS	**798.409**	**782.217**	**772.758**	**(1,2)**	**(3,2)**
Aposentadorias	215.741	213.754	212.471	(0,6)	(1,5)
Pensão por Morte	108.491	106.376	106.178	(0,2)	(2,1)
Auxílio-Doença	101.141	87.722	80.367	(8,4)	(20,5)
Auxílio-Acidente	333.634	339.796	339.719	(0,0)	1,8
Auxílio-Suplementar	39.402	34.569	34.023	(1,6)	(13,7)
ASSISTENCIAIS + BLE	**4.770.815**	**4.766.327**	**4.776.999**	**0,2**	**0,1**
ASSISTENCIAIS	**4.752.096**	**4.748.490**	**4.759.232**	**0,2**	**0,2**
Amparos Assistenciais - LOAS	4.645.513	4.653.443	4.664.866	0,2	0,4
Idoso	2.041.200	2.061.257	2.071.233	0,5	1,5
Portador de Deficiência	2.604.313	2.592.186	2.593.633	0,1	(0,4)
Rendas Mensais Vitalícias	106.583	95.047	94.366	(0,7)	(11,5)
Idade	12.491	9.855	9.694	(1,6)	(22,4)
Invalidez	94.092	85.192	84.672	(0,6)	(10,0)
BENEFÍCIOS DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA (BLE)	**18.719**	**17.837**	**17.767**	**(0,4)**	**(5,1)**

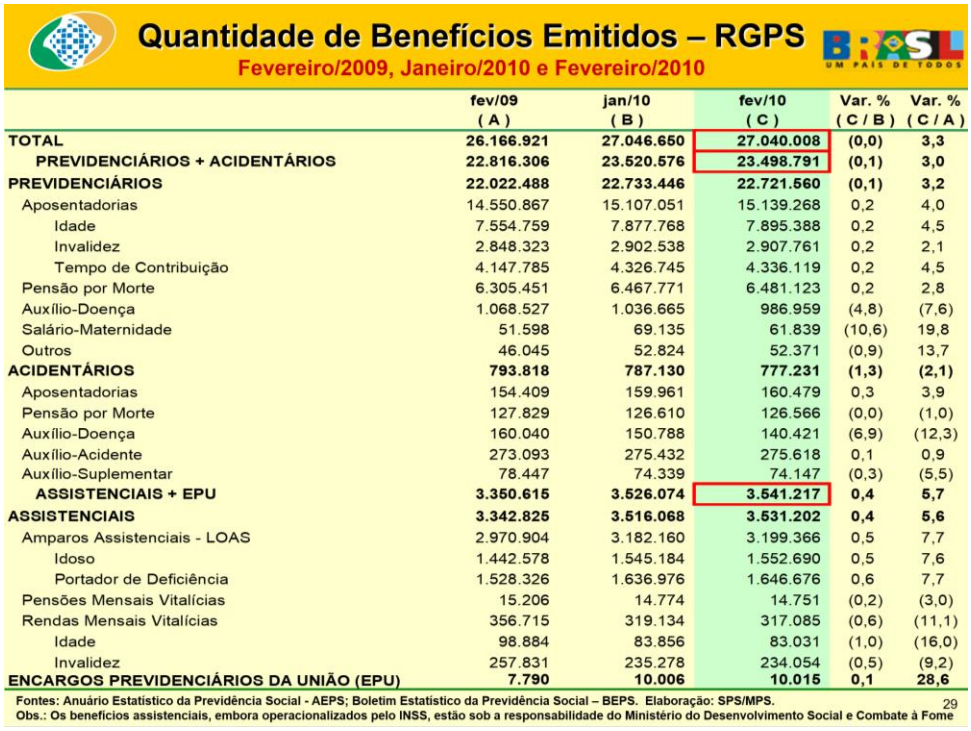
SECRETARIA ESPECIAL DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO — MINISTÉRIO DA ECONOMIA — PÁTRIA AMADA BRASIL GOVERNO FEDERAL

Fontes: Anuário Estatístico da Previdência Social - AEPS; Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS. Elaboração: SPREV/ME.
Obs.: Os benefícios assistenciais, embora operacionalizados pelo INSS, estão sob a responsabilidade do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

FONTE: RESULTADO-DO-RGPS-FEVEREIRO-DE-2020.PPT P.20 OBTIDO EM: HTTP://WWW.PREVIDENCIA.GOV.BR/DOWNLOAD/RESULTADO_RGPS_FEV20/ ACESSADO EM 24 DE ABRIL DE 2020.

Observando os números apontados pelo INSS, conclui-se que o número absoluto, de aposentados da espécie 41 em Fevereiro de 2020 é de 11.184.679, porém este número não serve efetivamente para o levantamento do cálculo do impacto financeiro, pois deve-se levar em consideração a decadência, e para chegar ao número real de aposentados que podem ter direito, deve-se saber o número de aposentados nesta mesma situação em Fevereiro de 2010, uma vez que deve ser levado em consideração a decadência para pleitear a revisão judicialmente, critério ao qual será abordado na sequência, ao que segue a figura seguinte:

FIGURA3 – NÚMEROS DE BENEFÍCIOS ATIVOS NO INSS EM FEVEREIRO DE 2010



Quantidade de Benefícios Emitidos – RGPS
Fevereiro/2009, Janeiro/2010 e Fevereiro/2010

	fev/09 (A)	jan/10 (B)	fev/10 (C)	Var. % (C / B)	Var. % (C / A)
TOTAL	**26.166.921**	**27.046.650**	**27.040.008**	**(0,0)**	**3,3**
PREVIDENCIÁRIOS + ACIDENTÁRIOS	**22.816.306**	**23.520.576**	**23.498.791**	**(0,1)**	**3,0**
PREVIDENCIÁRIOS	**22.022.488**	**22.733.446**	**22.721.560**	**(0,1)**	**3,2**
Aposentadorias	14.550.867	15.107.051	15.139.268	0,2	4,0
Idade	7.554.759	7.877.768	7.895.388	0,2	4,5
Invalidez	2.848.323	2.902.538	2.907.761	0,2	2,1
Tempo de Contribuição	4.147.785	4.326.745	4.336.119	0,2	4,5
Pensão por Morte	6.305.451	6.467.771	6.481.123	0,2	2,8
Auxílio-Doença	1.068.527	1.036.665	986.959	(4,8)	(7,6)
Salário-Maternidade	51.598	69.135	61.839	(10,6)	19,8
Outros	46.045	52.824	52.371	(0,9)	13,7
ACIDENTÁRIOS	**793.818**	**787.130**	**777.231**	**(1,3)**	**(2,1)**
Aposentadorias	154.409	159.961	160.479	0,3	3,9
Pensão por Morte	127.829	126.610	126.566	(0,0)	(1,0)
Auxílio-Doença	160.040	150.788	140.421	(6,9)	(12,3)
Auxílio-Acidente	273.093	275.432	275.618	0,1	0,9
Auxílio-Suplementar	78.447	74.339	74.147	(0,3)	(5,5)
ASSISTENCIAIS + EPU	**3.350.615**	**3.526.074**	**3.541.217**	**0,4**	**5,7**
ASSISTENCIAIS	**3.342.825**	**3.516.068**	**3.531.202**	**0,4**	**5,6**
Amparos Assistenciais - LOAS	2.970.904	3.182.160	3.199.366	0,5	7,7
Idoso	1.442.578	1.545.184	1.552.690	0,5	7,6
Portador de Deficiência	1.528.326	1.636.976	1.646.676	0,6	7,7
Pensões Mensais Vitalícias	15.206	14.774	14.751	(0,2)	(3,0)
Rendas Mensais Vitalícias	356.715	319.134	317.085	(0,6)	(11,1)
Idade	98.884	83.856	83.031	(1,0)	(16,0)
Invalidez	257.831	235.278	234.054	(0,5)	(9,2)
ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS DA UNIÃO (EPU)	**7.790**	**10.006**	**10.015**	**0,1**	**28,6**

Fontes: Anuário Estatístico da Previdência Social - AEPS; Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS. Elaboração: SPS/MPS.
Obs.: Os benefícios assistenciais, embora operacionalizados pelo INSS, estão sob a responsabilidade do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

29

FONTE: RESULTADOS-2010.RAR/RESULTADO - FEVEREIRO, 2010.PPT P.29 OBTIDO EM: HTTP://SA.PREVIDENCIA.GOV.BR/SITE/2015/04/RESULTADOS-2010.RAR ACESSADO EM 24 DE ABRIL DE 2020.

Novamente, analisando os números apresentados, só que desta vez, dados de Fevereiro de 2010, tem-se o número de segurados de Aposentadoria por Idade Urbana em 7.895.388.

Desta forma, para dar sequência ao cálculo e obter o número exato dos possíveis detentores do direito, de acordo com a revisão das contribuições fictas, basta diminuir 11.184.679 de 7.895.388 para chegar ao número de aposentados que podem se enquadrar nesta revisão, que é o número de 3.289.291 aposentados.

Entretanto, conforme já demonstrado, não são todos os aposentados que possuem direito a esta revisão, tão somente aqueles que tiveram adicionados, dentro da sistemática de cálculo do INSS, contribuições em meses cujo segurado efetivamente não contribuía junto a Autarquia. Tal fato, de não poder ser estimado efetivamente o número de aposentados que se enquadram nesta revisão, tão pouco o valor individual de cada demanda, torna essa estimativa cada vez mais conjectural a ponto de utilizar-se, para análise de impacto, números meramente especulativos, aos quais, por questão de facilidade em multiplicidade, adota-se supostamente, que

o número de aposentados com direito a esta revisão seja de 10%, tendo um total de 3.289.291 aposentados que podem se enquadrar nesta revisão adota-se, para estimativa de impacto, que o número de aposentados que se enquadram nesta revisão é 328.929.

Adotando o cenário mais drástico possível, na qual o aposentado passa da RMI com salário mínimo no valor de R$ 1.045,00 para o valor de teto Máximo do INSS que está em R$ 6.101,06, sem considerar os valores de correção monetária e considerando a prescrição de 5 anos, a diferença de um mês (R$ 5.056,06) acumuladas em 60 meses, daria um montante de R$ 303.363,60, para somente uma revisão, sem considerar honorários e sucumbência nem juros e correções.

Claro que este exemplo seria o mais alto valor aplicável, uma vez que adota os extremos, mas novamente, utilizando um critério meramente especulativo de 10% supondo que a média de valores revisionais se daria em torno de R$ 30.336,36, dentro dos critérios pré-estabelecidos. Com base nos dados apresentados uma estimativa de impacto aos cofres da UNIAO (gestora do INSS) seria em algo em torno de R$ 9.978.508.558,44. Claro que várias nuances contribuiriam para aproximar-se deste valor ou distanciar do mesmo tanto para cima quanto para baixo, tais como o número de aposentados que se enquadram nesta revisão, o valor médio de cada revisão, o número de aposentados que pleitearam esta junto a justiça. Há sempre a possibilidade da interferência do Ministério Público Federal inflacionando estas estimativas, através de uma AÇÃO CIVIL PÚBLICA, porém, a única coisa certa, caso esta revisão se consolidasse, mais de três milhões de aposentados poderiam se beneficiar desse entendimento e corrigir suas aposentadorias de acordo com o que seria o mais correto como rege a Constituição Federal.

5 JURISPRUDENCIA ATUAL

> EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. MAIORES SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. PERCENTUAL MÍNIMO DE 60%. REGRAS DE TRANSIÇÃO. EC 20/98. TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.876/1999. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. CONSECTÁRIOS DA SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. AJG. INEXIGIBILIDADE TEMPORÁRIA 1. Aqueles segurados que já eram filiados à Previdência Social até o dia anterior

> da publicação da Lei nº 9.876/1999 contam com regramento de transição próprio. 2. O cálculo do salário de benefício da aposentadoria por idade é realizado com base na média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição, sobre a qual incide o divisor mínimo de 60% do período decorrido entre a competência de julho de 1994 até a DER e, na sequência, o disposto no art. 50 da Lei 8.213/1991. 3. O fator previdenciário será desprezado na aposentadoria por idade quando calculado em valor inferior a 1, nos termos da previsão legal para esta espécie de benefício. 4. Observados os procedimentos legais para apuração da RMI, não prospera a pretensão de majoração do benefício em questão. 5. Improvido o recurso da parte autora, majora-se a verba honorária, elevando-a de 10% para 15% sobre o valor da causa atualizado, consideradas as variáveis dos incisos I a IV do § 2º e o § 11, ambos do artigo 85 do CPC, suspendendo-se a sua exigibilidade temporariamente em face do benefício da assistência judiciária gratuita. (TRF4, AC 5006261-97.2017.4.04.7000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator MARCOS JOSEGREI DA SILVA, juntado aos autos em 05/12/2019).

Uma única jurisprudência foi encontrada em uma pesquisa cujo critério utilizado foi “contribuições fictas” junto ao sitio do TRF4, percebe-se um recurso improvido cuja fundamentação segue abaixo com grifo extraído de pesquisa de Inteiro Teor conforme anexo:

> (...) No caso concreto, o autor recolheu 71 (setenta e uma) contribuições entre julho de 1994 e a respectiva DER/DIB (19-5-2010).
> No período transcorreram 190 competências.
> A carta de concessão do evento 1 (CCON4) indica que todos os salários de contribuição foram considerados, sendo sobre eles aplicados a média dos 80% maiores de todo o período contributivo, a qual deveria ser multiplicada pelo fator previdenciário.
> Sobre o valor obtido (R$ 76.405,55 - setenta e seis mil, quatrocentos e cinco reais e cinquenta e cinco centavos) foi aplicado o divisor mínimo correspondente a 60% do período contributivo (ou seja, 60% de 190 = 114), atingindo o valor de R$ 670,22 (seiscentos e setenta reais e vinte e dois centavos).
> Consigna-se que a aplicação do divisor 80% (no caso, 152) importaria em evidente prejuízo, reduzindo ainda mais a renda inicial. (...).

Na decisão em questão, vênia ao Desembargador, este não se ateve necessariamente ao pedido da demanda, a qual não é questionado se o cálculo feito através da lei vigente está correto, conforme ficou demonstrado neste trabalho, o que se questiona é justamente a constitucionalidade da lei no que diz respeito ao entendimento de que período contributivo está atrelado, necessariamente ao período em que o trabalhador está filiado ao INSS e que considerar meses que o trabalhador não contribuiu, em sua composição para cálculo de contribuições, se caracteriza como

contribuição ficta. Não obstante a questão do pedido, o Magistrado ainda ressalta: “Consigna-se que a aplicação do divisor 80% (no caso, 152) importaria em evidente prejuízo, reduzindo ainda mais a renda inicial.”, é óbvio que uma vez que está utilizando 60% do período contributivo adotado pelo INSS como divisor, torna-se mais vantajoso ao segurado do que adotar 80% do período contributivo. Porém, novamente, o que está em questão aqui não é a sistemática atual de percentual do período contributivo, mas sim o que é considerado período contributivo.

> (...) A parte autora pretende que se aplique o divisor mínimo de 80% sobre todos os salários de contribuições, burlando a literal disposição legal que visa preservar o equilíbrio atuarial do sistema.(...)

Em outro momento o mesmo desembargador cita novamente como pedido a aplicação do divisor mínimo de 80% e alegando que não preservaria o equilíbrio atuarial do sistema.

No que diz respeito a tal interpretação, em primeiro lugar, o pedido novamente se encontra deturbado do que realmente se pretende, pois pede-se para desconsiderar os meses com contribuições fictas e, a partir daí, aplicar o coeficiente legal, uma vez que utilizar o critério de 60% de todo o período decorrido, de acordo com a tese de Contribuições Fictas, é inconstitucional. Em segundo lugar, alegar que o equilíbrio atuarial do sistema não seria preservado é, conforme números apresentados, uma simples inverdade, pois o impacto ao sistema previdenciário não seria tão significante a ponto de alegar a perda do equilíbrio atuarial, muito menos após as mudanças ocorridas com a reforma previdenciária.

Usar como argumento a perda do equilíbrio atuarial ou perda do equilíbrio financeiro do sistema previdenciário não deveria ser argumento jurídico, porém, tal argumentação está cada vez mais comum no sistema judiciário brasileiro.

Em recurso extraordinário (RE 661256 / SANTA CATARINA) a fundamentação do Sr. Ministro Gilmar Mendes segue esta argumentação ao refutar a tese de “desaponsentação”:

> (...) - FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. GILMAR MENDES: EMENDA CONSTITUCIONAL 20 DE 1998, EQUILÍBRIO ATUARIAL, RECEITA, CUSTO, CONCESSÃO, BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO, CRITÉRIO, CÁLCULO, BENEFÍCIO, REDUÇÃO, DÉFICIT, REGIME PREVIDENCIÁRIO. REGIME PREVIDENCIÁRIO DE REPARTIÇÃO, PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. DIFERENÇA, REGIME

PREVIDENCIÁRIO DE REPARTIÇÃO, REGIME PREVIDENCIÁRIO DE CAPITALIZAÇÃO. REGIME PREVIDENCIÁRIO DE CAPITALIZAÇÃO, PREVIDÊNCIA PRIVADA, FUNDO DE PENSÃO. ÔNUS, REGIME PREVIDENCIÁRIO, REVISÃO, BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, RENÚNCIA, APOSENTADORIA, RETORNO, MERCADO DE TRABALHO. OMISSÃO LEGISLATIVA, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. VEDAÇÃO, RENÚNCIA, APOSENTADORIA, CONCESSÃO DE APOSENTADORIA, MOMENTO POSTERIOR. DESAPOSENTAÇÃO, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRINCÍPIO DA DISTRIBUTIVIDADE. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA, PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DO ATENDIMENTO. REPERCUSSÃO SOCIAL, ATO LEGISLATIVO, MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. REVERSIBILIDADE, LEGISLAÇÃO, ESTABILIDADE, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. (...)

No mesmo recurso, citando o equilíbrio atuarial, a Ministra Rosa Weber votou contrário e foi voto vencido:

- VOTO VENCIDO, MIN. ROSA WEBER: CONVERSÃO, APOSENTADORIA PROPORCIONAL, PROVENTO INTEGRAL, APOSENTADORIA, INTERMÉDIO, DESAPOSENTAÇÃO. DISTINÇÃO, DESAPOSENTAÇÃO, REAPOSENTAÇÃO. CONTEXTO HISTÓRICO, DESAPOSENTAÇÃO, REAPOSENTAÇÃO, REFORMA PREVIDENCIÁRIA. MOTIVAÇÃO, RETORNO, APOSENTADO, MERCADO DE TRABALHO. APOSENTADORIA, IDADE MÍNIMA, FATOR PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS), CARÁTER INSTITUCIONAL, NORMA COGENTE, COMPULSORIEDADE, VINCULAÇÃO. TRABALHADOR APOSENTADO, SEGURADO OBRIGATÓRIO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. AUTONOMIA, CUSTEIO, PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, ATUALIZAÇÃO, SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. PRINCÍPIO DA CONTRAPARTIDA. DESTINAÇÃO, CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, PAGAMENTO, PRESTAÇÃO, SEGURADO, INCLUSÃO, APOSENTADO, RETORNO, TRABALHO. REGIME PREVIDENCIÁRIO DE REPARTIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, APOSENTADORIA, PENSÃO, REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). IRREVERSIBILIDADE, APOSENTADORIA, ABUSO, PODER REGULAMENTAR, RESTRIÇÃO, LIBERDADE, APOSENTADO. RENÚNCIA, APOSENTADORIA, JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA. MOMENTO, REQUERIMENTO, APOSENTADORIA, DIREITO DISPONÍVEL. RENÚNCIA, ATO UNILATERAL. ATO JURÍDICO PERFEITO. RENÚNCIA, APOSENTADORIA, INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL, DIREITO FUNDAMENTAL, DIREITO SOCIAL. CONTAGEM RECÍPROCA DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, GARANTIA, PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA, DIVERSIDADE, REGIME PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM RECÍPROCA DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, COMPENSAÇÃO, CARÁTER FINANCEIRO, REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS), REGIME PREVIDENCIÁRIO, SERVIDOR PÚBLICO. SEMELHANÇA, DESAPOSENTAÇÃO, REVERSÃO, SERVIDOR PÚBLICO INATIVO, EXIGÊNCIA, CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REVERSÃO, EXTINÇÃO, APOSENTADORIA. DESAPOSENTAÇÃO, DEVOLUÇÃO, VALOR, RECEBIMENTO, APOSENTADO, EQUILÍBRIO ATUARIAL, PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA, PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DO ATENDIMENTO. JURISPRUDÊNCIA, APLICAÇÃO, LEGISLAÇÃO VIGENTE,

> CUMPRIMENTO, REQUISITO, APOSENTADORIA. SEGURADO OBRIGATÓRIO, CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. DESAPOSENTAÇÃO, RECÁLCULO, PROVENTO, ÂMBITO, REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Assim como, também foi voto vencido o Sr. Ministro Roberto Barroso:

> - VOTO VENCIDO, MIN. ROBERTO BARROSO: OBRIGATORIEDADE, VINCULAÇÃO, TRABALHADOR, INICIATIVA PRIVADA, REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). DESAPOSENTAÇÃO, LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA, EQUILÍBRIO ATUARIAL. CRITÉRIO, CÁLCULO, PROVENTO, AFERIÇÃO, IDADE, EXPECTATIVA, VIDA, MOMENTO, AQUISIÇÃO, APOSENTADORIA. DESAPOSENTAÇÃO, LACUNA DA LEI, PREVISÃO, LEGISLAÇÃO ANTERIOR, PECÚLIO. REGIME PREVIDENCIÁRIO, LIMITAÇÃO, ATUAÇÃO, LEGISLADOR. PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA, BASE DE CÁLCULO, SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. IMUNIDADE, APOSENTADO, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. DEVER, RECOLHIMENTO, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, PERMANÊNCIA, ATIVIDADE PROFISSIONAL. ESTRUTURAÇÃO, REGIME PREVIDENCIÁRIO, FATOR PREVIDENCIÁRIO, LIMITAÇÃO, REVISÃO, BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, PRAZO DECADENCIAL, DEZ ANOS. RECEBIMENTO, PROVENTO, REGIME PREVIDENCIÁRIO, RESTITUIÇÃO, VALOR. CÁLCULO, APOSENTADORIA, IDADE, EXPECTATIVA, VIDA, MOMENTO, PRIMEIRO, VÍNCULO. EQUILÍBRIO ATUARIAL. EXIGÊNCIA, LEI, AUMENTO, REDUÇÃO, ALÍQUOTA, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, EMPREGADO, EMPREGADOR. AUSÊNCIA, IDADE MÍNIMA, CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. DESAPOSENTAÇÃO, EFEITO FINANCEIRO, DECURSO DE PRAZO, CENTO E OITENTA DIAS, PUBLICAÇÃO, ACÓRDÃO, AUSÊNCIA, INICIATIVA LEGISLATIVA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA, ATO JURÍDICO PERFEITO. VEDAÇÃO, VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VALIDADE, COBRANÇA, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, APOSENTADO, RETORNO, TRABALHO. VALIDADE, COBRANÇA, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, SERVIDOR PÚBLICO INATIVO, AUSÊNCIA, DIREITO ADQUIRIDO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE, EQUIDADE, DISTRIBUIÇÃO, ÔNUS, REGIME PREVIDENCIÁRIO.

Infelizmente, nesta linha de raciocínio, acabou por ser negado o provimento ao recurso do aposentado.

O pedido está em grau de Recurso Extraordinário junto ao STF para análise.

Vale ressaltar aqui a diferença entre equilíbrio financeiro e atuarial, embora ambos não sejam, necessariamente, argumentos jurídicos para justificar decisões, é importante saber do que se trata cada um deles e no que divergem.

Equilíbrio financeiro é, em poucas palavras, a garantia de que as receitas de um período (geralmente um ano) serão suficientes para cobrir as despesas deste mesmo período.

Já o equilíbrio atuarial, além de ser a garantia de cobertura das despesas pelas receitas, abrange um período bem maior, fixado através cálculo atuarial. É uma garantia a longo prazo.

Interpretar como ferir a preservação do equilíbrio atuarial ou financeiro do sistema previdenciário é simplesmente dar voz a questões suscitadas de maneira superficial que requerem uma análise contábil complexa que envolve muito mais do que receita versus despesa, mas sim quadros políticos, empresas devedoras do sistema, sustentabilidade financeira das empresas, dentre outras situações que são demasiadamente exploradas pela mídia muitas vezes de maneira inadequada sustentando a ideia de um sistema previdenciário deficitário, o que a simples modo, seria perigoso afirmar, sem um estudo aprofundado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a sistemática adotada pelo INSS ao compor os cálculos, não se pode confundir o caráter social contributivo e compulsório com a simples situação de contribuir sem sequer esperar uma contrapartida, deixar de adotar regras básicas de interpretação constitucional gera uma insegurança jurídica perigosa e incoerente com a função social do órgão e até mesmo a finalidade do mesmo, uma vez que ao utilizar de regras inconstitucionais para a confecção de cálculos para concessão de aposentadoria, esta estaria abrindo precedentes perigosos em relação a seu funcionamento como um todo, gerando incertezas e incapacidade gestacional da Autarquia propriamente dita gerando, consequentemente, uma demanda sem precedentes no sistema judiciário do país. É evidente a sistemática de diminuição dos valores a serem pagos aos aposentados brasileiros em decorrência do déficit financeiro do INSS, porém quaisquer justificativas se tornam infundadas se, para tal atitude, utilizar de meios inconstitucionais para apaziguar tal problema.

Pessoas que poderiam hoje, receber aproximadamente o valor do teto máximo do INSS, acabam por receber salário mínimo. Tal sistemática foi alterada com a reforma da previdência de 2019, porém, outros equívocos certamente serão cometidos, desta forma, é dever de todos os profissionais qualificados e aptos a defenderem o direito do aposentado.

Por se tratar de uma tese relativamente nova e não estar consolidado o entendimento na justiça, tem-se muito o que discutir no âmbito judiciário. Diversos aspectos e entendimentos podem ser levados em conta. O que não se pode efetivamente é usar de subterfúgios extrínsecos ao meio jurídico como justificativa argumentativa que coloca os direitos fundamentais do cidadão em risco.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

BRASIL. **Decreto de Lei nº 3048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em:

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em:

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em:

BRASIL. **Lei nº 10666, de 08 de maio de 2003**. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em:

BRASIL. **Lei nº 8212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em:

BRASIL. **Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em:

BRASIL. **Lei nº 9876, de 26 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em:

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social. RESULTADO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RGPS. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2010. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2015/04/Resultados-2010.rar acessado em 24 de abril de 2020.

BRASIL. Secretaria da Previdência. Subsecretaria do Regime Geral de Previdência Social. RESULTADO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RGPS. Brasília: Ministério da Economia, Fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/download/resultado_rgps_fev20/ acessado em 24 de abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.506.092/SC**. Previdenciário e Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na Fundamentação. súmula 284/STF. Revisão de

Renda Mensal Inicial. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Decadência Afastada. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: Maria Salete Oenning Dias. Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 10/02/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382387&num_registro=201403429427&data=20150320&formato=PDF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 415454/SC**. Benefício Previdenciário: Pensão por Morte (Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995). Inconstitucionalidade. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: Theresia Pflanzil Gil Rimbau. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/02/2007. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2195319. Acesso em: 24 abril. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 416827/SC**. Artigo 102 , III, "A" da Constituição Federal. Benefício Previdenciário: Pensão por Morte (Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995). Inconstitucionalidade. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: Edir Gomes de Andrade. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/02/2007. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201908. Acesso em: 24 abril. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 583834/SC**. Constitucional. Previdenciário. Regime Geral da Previdência Social. Caráter Contributivo. Aposentadoria por Invalidez. Auxílio-Doença. Competência Regulamentar. Limites. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: Carlos Farias Neto. Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 21/09/2011. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2610474.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 661256/SC**. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Limites. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: Waldemar Roncaglio. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/10/2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2610474. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 abril. 2020

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal Quarta Região. **Apelação Cível 5006261-97.2017.4.04.7000**. Previdenciário. Revisão de Benefício Previdenciário. Aposentadoria por Idade. Maiores Salários de Contribuição. Percentual Mínimo de 60%. Regras de Transição. EC 20/98. Tempo de Contribuição Posterior à Vigência da Lei 9.876/1999. Inexistência de Direito Adquirido a Regime Jurídico. Consectários da Sucumbência. Honorários Advocatícios. Majoração. Ajg. Inexigibilidade Temporária. Apelante: Antonio Manoel Queiroz. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Des. MARCOS JOSEGREI DA SILVA, Data da Decisão: 03/12/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001472719&versao_gproc=6&crc_gproc=90f67b8a.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal Quarta Região. **Apelação Cível 0012885-53.2012.4.04.9999**. Previdenciário. Aposentadoria por Idade Urbana. Revisão da Rmi. Afastamento da Aplicação do Fator Previdenciário. Impossibilidade porque ão foi aplicado. Critério de Cálculo. Salário de Benefício. art. 3º, caput e § 2º, da lei n.º 9.876/99. Apelante: Olvideo Rabaiolli. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Des. JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data da Decisão: 10/01/2013. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5452415.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal Quarta Região. **Apelação Cível 5001458-11.2012.4.04.7012.** Previdenciário. Revisão. Aposentadoria por Idade Urbana. Critério de Cálculo. Salário de Benefício. art. 3º, § 2º, da lei 9.876/99. Apelante: Altevir Riesemberg Filho. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Des. MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO, Data da Decisão: 29/01/2013. https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8493219.

Capítulo X

ADOÇÃO HOMOAFETIVA:
PRECONCEITOS X MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Paola Cristina Oliveira Moreira*

Alexia Brotto Cessetti**

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente família possuía outra concepção, já que por ventura a ideia de relações afetivas se via confrontada ao ato de indivíduos pares estarem interligados de uma forma espontânea em seu meio social por fatores biológicos estariam possuindo assim uma relação de contrato onde permaneciam juntos para perpetuação de sua espécie. Contudo com os avanços interligados da sociedade, mudanças na estrutura, seu conceito se abrangeu tomando um novo rumo.

Sendo assim, a palavra família pode ser definida como: “pessoas do mesmo sangue ou não, ligadas entre si por casamento, filiação ou mesmo adoção; parentes, parentela.” Deste modo o conceito da palavra em si vem a ser abrangente já que nos seus primórdios era considerada como um fator biológico natural de procriação atualmente passa a ser vista com outros olhos. Onde a família não passa de uma construção cultural onde o próprio indivíduo cria sua estruturação sem ao menos estar ligado biologicamente a ela, como é o caso da adoção.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p.774) explica que: Podemos conceituar a adoção como um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou

* Graduanda em Direito pela FESPPR. Contato: pa-ollacristina@hotmail.com.
** Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUCPR. Graduada em Direito pela PUCPR. Professora de Direito junto à FESPPR. Contato: alexia@fesppr.edu.br.

materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica.

Artur da Silva Filho, (2019, n.p.) explora que a adoção vem a estar presente no direito Brasileiro, tornando-se assim cada vez mais palpável as relações criadas sem qualquer distinção:

> Adoção, hoje, no direito brasileiro, é uma realidade decorrente da atuação humana. Embora as causas sejam diferentes, não se conseguem divisar os laços que se formam entre filhos criados por aqueles que não os geraram e entre filhos criados pelos pais de sangue. O vínculo parental, embora o consanguíneo decorra da própria natureza biológica, necessita da intervenção legislativa para ingressar no direito.

Tal modalidade possibilita que crianças e adolescentes possam ter a oportunidade de possuir o elo familiar presente em sua vida, já que por muitas vezes não podem continuar com seus pais biológicos, ocasionando um vínculo entre as relações de paternidade e filiação entre duas pessoas.

Com consideráveis modificações, no ano de 1990 vigorou a Lei n° 8.069/1990, mas conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual a adoção apresenta de uma forma bilateral a expressa vontade, protegendo assim os interesses das crianças e adolescentes. Contudo acabou sofrendo alterações em 2009 com o surgimento da lei n° 12.010, denominada lei nacional da adoção.

A lei nacional da adoção, traz consigo novos prazos no âmbito da adoção com objetivo de proporcionar assim rapidez aos processos de adoção, delimitando a criação do cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas.

O processo de adoção segundo o Conselho nacional da adoção (CNA), vem a facilitar o caminho da adoção. Já que vem a ser um processo gratuito, na qual o interessado vai ao Fórum ou Vara da infância e da juventude da sua cidade ou região levando os documentos necessários conforme presente no site do CNA, e no estatuto da criança e do adolescente.

Diante de muitas possibilidades, e com amparo legal previsto a adoção vem a possuir um rol de possibilidades podendo ser por meio da adoção internacional,

adoção unilateral, adoção legal, adoção conjunta, adoção post mortem, adoção a brasileira, adoção *intuito persona* e a adoção homoafetivas que vem a ser apresentada. Mesmo com um rol de modalidades tão abrangente, leva-se em conta o melhor interesse da criança. Deste modo, sempre garantindo que a criança venha a ter amparo legal, deve-se seguir como base o Estatuto da Criança e do adolescente.

Sendo assim para se falar de adoção homoafetiva, precisa-se entender que a homossexualidade sempre existiu no meio social de uma devida perspectiva civilizatória, mesmo sendo algo natural, foi tratada como uma doença, contudo se trata apenas de uma condição normal como qualquer outra, deste modo apresenta-se que a família homoafetiva nada mais é do que duas pessoas que vem a estar ligadas por um vínculo afetivo onde buscam manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formando assim um núcleo familiar, independentemente do sexo a qual pertencem.

Viviane Girardi (2014, p. 37-38) bem trouxe em sua passagem que:

> A homoafetividade: não é mais o patrimônio que vem à luz, mas sim a aplicação direta dos valores constitucionais que promovem a pessoa em sua inteireza e em suas particularidades para, com base na diversidade de percepções de mundo,promover a igualdade de todos perante a lei. Essa é a verdadeira noção jurídica de igualdade inserida no conceito de um Estado Democrático de Direito: igualdade com respeito à diferença. Igualdade sem possibilidade de discriminação pelas particularidades de raça, origem, sexo, cor, idade, religião etc.

Apresenta ainda Jurandir Freire Costa *apud* glagliano e Pamplona Filho (2017, p. 563) que a opção sexual não vem a ser uma escolha:

> Não há um tipo de processo pelo qual as pessoas tornam-se homossexuais, assim como não existe um único tipo de processo psíquico pelos quais as pessoas tornam-se heterossexuais. É equivalente ao processo que torna alguém jogador de futebol ou músico.
> Querer encontrar a 'homossexualidade comum' a todos os homossexuais é uma tarefa tão vã quanto querer procurar a 'politicidade comum a todos os políticos'.

A denominação a respeito de uniões homoafetivas estaria embasada em preconceitos, tanto por parte da sociedade quanto pelo judiciário. Contudo com

evoluções consideráveis conforme presente no julgamento entre a ADPF 132 e a ADI 4.277 originou uma nova percepção em relação à equiparação dos direitos das uniões estáveis homoafetivas em relação às heteroafetivas, haja vista a aceitação para julgamentos desse novo tipo de união. Ainda ressalta Viviane Girardi (2014, p.14):

> O STF não foi só o guardião da Constituição, mais que isso, ele deu vida ao texto constitucional promovendo um dos mais significativos objetivos da nossa República que é o bem-estar de todos. Diante desse tratamento igualitário, inclusivo e respeitoso, ingressamos no rol das nações que reconhecem a diversidade humana como um valor. O paradigma da justiça brasileira é o da inclusão e do respeito à diferença.

A ADPF 132, e a ADI 4.277 veio a se tornar um grande marco para as relações homoafetivas, já que por ventura ambas possuíam como base a luz dos princípios constitucionais da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e qualquer vedação de discriminação em razão do sexo ou de qualquer natureza, haja visto não haver qualquer diferenciação entre família heterossexual e família homossexual.

Sendo assim, o STF ao deferir a contagem da votação, apresentou o julgamento como unânime, ou seja, foi decidido, sem votos contrários, com efeito erga omnes, reconhecendo assim a união homoafetiva como uma entidade familiar possibilitando a equiparação á uniões estáveis reconhecidas pelo estado, sem que tenha qualquer tipo de decisão ou imposição diferente disso, tornando assim um grande avanço no âmbito da família.

Independente de sua denotação sexual, deve-se ter a guarda dos direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas, sem qualquer distinção, pois conforme o pensamento de Maria Berenice Dias (2017, n.p) afirma:

> O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e aos princípios da igualdade e da liberdade. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais: direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Tais garantias possibilitam a inclusão de todas as pessoas amparadas juridicamente, incluindo assim as famílias homoafetivas demonstrando ainda importância de assegurar proteção ao indivíduo e suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.

Com grandes avanços e muitos debates se denota que a família é muito mais do que reunião de pessoas com o mesmo sangue. Família é encontro, afeto, companheirismo, é dividir para somar, ou seja, família é simplesmente onde se encontra todo amparo, toda educação e todo o amor.

2 DESENVOLVIMENTO

Adoção homoafetiva vem a ser uma entidade familiar, na qual se faz presente por casais homoafetivos norteando as relações de afeto e solidariedade. Deste modo, pedem para ser reconhecidas como uma entidade aberta a receber todo o tipo de proteção do estado, conforme prevê o art. 226 caput da Constituição federal.

As uniões homoafetivas são uma entidade com intuito familiar como qualquer outra, do mesmo modo que se apresentam como uma família merecem receber todo amparo legal, já que por ventura de acordo com o art. 5° da Constituição Federal " 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", ou seja, poderiam então recorrer a adoção como qualquer ouro casal.

Assim o XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul (2015, n.p.) informa:

> A união homoafetiva é uma realidade em nossa sociedade. E como tal, o direito à orientação sexual deve ter suas garantias civis e políticas, pois tratam de indivíduos normais como os outros e devem ter seus direitos respeitados pelo Estado.

Com notórios avanços, o modelo ideal de família (pai, mãe e filho) perde cada vez seu espaço, para outros modelos em ascensão, como o caso das relações de

famílias homoafetivas, contudo ambas sempre caminhando para o mesmo conceito de se tornarem pais/mães, proporcionando laços afetivos com a filiação que vem a ser construída.

Sendo assim Maria Cristina Rauch Baranoski,(2016 p.77) apresenta que em meio ao progresso se possui o retrocesso:

> Se por um lado a luta para efetivar os direitos dos homossexuais e incluílos definitivamente como cidadãos que participam ativamente das relações sociais, impondo deveres e atribuindo direitos, avança, por outro lado percebe-se também um retrocesso.

Mesmo diante dos avanços, vem a se tratar de um assunto na qual toma cada vez mais voz. A lei nacional de adoção criada em 2009 demonstra como o assunto ainda deve ser muito discutido, já que por ventura, não apresentou diretamente sobre adoção homoafetiva.

Mesmo diante de lutas e preconceitos, houve um marco histórico para os que possuem uma relação homoafetiva, haja visto o grande julgamento do STF frente a ADI 4277 junto com a ADPF 132 na qual foi constatado a relação de união estável homoafetiva conforme previsto no art 1.723 do Código Civil, impedindo assim que seja negado o reconhecimento de casais homoafetivos como entidade familiar.

O que se busca é o reconhecimento de família, assim como as relações heterossexuais, busca-se a igualdade que tanto está presente no art. 5° da CF, ou ainda conforme previsto no art 3°, IV da CF:

> 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 discriminação.

Assim ao reconhecer seus direitos, se garante a liberdade de ser, reconhecendo assim os homoafetivos como cidadãos de direito como muito bem apresenta Maria Cristina Rauch Baranoski, (2016 p. 79-80):

> Reconhecer o direito dos homossexuais para a constituição da família (homoafetiva) significa reconhecer que o Estado garante as liberdades fundamentais de pensamento e de expressão, reconhecendo efetivamente a cidadania dos homossexuais e não apenas formalmente, atos esses compatíveis com um Estado que se intitula laico.

Tal modalidade ainda é alvo de rejeições e discriminações social, visto que muitos acreditam que a adoção para casal homoafetivo, fara com que aquela criança gere problemas psicológicos, bullying e até sofrer interferência na sua opção sexual por estar em convívio direto com dois pais ou duas mães, não possuindo uma figura materna e paterna em conjunto, contudo existe estudos demonstrando que não se constata diferenças no desenvolvimento psíquico e escolar delas.

Com o tempo vem aparecendo cada vez mais uniões homoafetivas, e devem ser tratadas como uma possibilidade de que elas ofereçam uma família, amor, educação, para aqueles que anseiam esperando em um lar ou abrigo.

Conforme apresentado em um estudo por José Victor De Oliveira Santos et al. (2018, p.144), para se ter o posicionamento pessoal de vários indivíduos com suas identidades guardadas, o paciente 405 demonstra uma percepção correta a respeito da adoção homoafetiva:

> A questão do cuidado, amor e bem-estar da criança como fator primordial para a adoção passam a ser ancorados também no contexto homoparental, discernir a capacidade de um casal adotar a partir da sua sexualidade, é algo totalmente errôneo, como pode ser evidenciado nesta fala: “Não vejo qualquer impedimento, a adoção deve servir à criança, oferecendo-lhe uma família capaz de amar e de cuidar, e para tanto, pouco importa a orientação sexual do casal” (Participante 405, 21 anos, ensino superior incompleto, mulher, heterossexual, acredita em Deus, mas não tem religião).

Conforme Maria Cristina Rauch Baranoski (2016, p. 95) “Importa em dizer que a criança e adolescente têm o direito à convivência familiar, ou seja, tem direito a viver com uma família. Mantê-lo institucionalizado é diminuir a perspectiva da efetividade de cidadania.”

Casais homoafetivos possuem os mesmos direitos que os heterossexuais, a simples efetivação no processo de adoção, não os torna menos ser humanos, independente da sua opção sexual, irão garantir sempre o bem estar da criança, e educando-a com toda educação necessária e com todo amor.

Deste modo, Maria Cristina Rauch Baranoski (2016, p.100) entende-se que a aceitação como união homoafetiva apresenta a possibilidade de habilitar-se a adoção:

> Conclui-se que pessoas em união homoafetiva, seja pelo casamento ou em união estável, enquanto cidadãos, podem habilitar-se para adotar uma criança ou um adolescente, e uma criança ou um adolescente, privados do convívio familiar, podem, enquanto cidadão, ter efetivamente garantido o seu direito ao convívio familiar, entendendo que a família é a união de pessoas que possuam entre si afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Embora ainda muito criticado, a adoção vem a se tornar uma solução positiva para aquelas crianças e adolescentes que venham a ser adotadas. Já que muitas são abandonas, retiradas de lar sem qualquer condição alguma de proporcionar requisitos básicos a elas, com a adoção recebem aquilo que muitas vezes foi retirado, um ambiente seguro com amor e afeto, com todos os direitos resguardados, possuindo ainda todo carinho necessário para seu desenvolvimento.

Repreender tal modalidade com requisitos inafundáveis mergulhados no preconceito é retirar daquela criança o direito de ser cuidada de forma correta.

Assim o XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul (2015, n.p.) exemplifica:

> Acreditar que uma criança pode vir a ter problemas psicológicos caso seja criada por pais homossexuais significa esquecer que uma criança abandonada pode ser vítima de violência e exploração sexual, pode passar fome e não ter qualquer futuro, o que faz com que uma criança, com certeza, tenha problemas psicológicos.

Mesmo diante dos preconceitos acerca da união de casais homoafetivos, de toda falta de legislação sobre o ato em si, de todo descaso na demora de se conceder a possibilidade de se tornarem pais, de adotarem uma criança como seu filho, pode-se caracterizar as uniões homoafetivas como amor. Pois as mesmas buscam com toda paciência, com todo amor, um filho que os possibilitem amar e ser amado por eles, que os tornem uma família completa como qualquer outra.

Negar o direito destes casais se torna discriminação, aqueles que por ventura não aceitam, não estão demonstrando a vontade da criança, e sim caracterizando um

preconceito enrustido na sociedade durante anos, na qual deve se ter a superação. Atacar uma adoção por se tratar de adoção homoafetiva, não só fere os adotantes, mas acaba refletindo em seus filhos.

O próprio ordenamento jurídico apresenta o direito de igualdade, ou seja, os mesmos direitos que é dado a crianças de casais heterossexuais, é dado para crianças de casais homossexuais, não se apresenta qualquer empecilho, o que muitas vezes ocorre é a barreira social entre a aceitação e o preconceito

A mesma sociedade que acredita defender o direito de igualdade é a mesma que ainda possui um caráter totalmente discriminatório rejeitando assim pessoas que demonstrem qualquer tipo de orientação sexual contraria ao do heterossexualismo. Assim apresenta Maria Berenice Dias (2012, p.44) “A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada pelo estigma social, sendo renegada á marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional.”

Ainda que presentes preconceitos cerca da adoção por homoafetivos, que demonstram pensamentos politizados a família ideal embasados na ideia de existir um pai e uma mãe. Reitera-se a importância da liberdade sexual, independentemente de sua escolha sexual, não os tornam pais horríveis ou ainda menos ser humanos.

Maria Berenice Dias, (2016, n.p.) ressalta a importância de ser reconhecido a liberdade sexual:

> A liberdade sexual deve ser vista deve ser vista como um direito fundamental, composto a partir de várias normas constitucionais que garantem direitos fundamentais. Trata-se da liberdade genérica (CF 5°.); do direito à intimidade e à privacidade (CF 5°. X). Dá proteção da convivência familiar com a sua multiplicidade com base na livre decisão dos seus componentes (CF 226).

Como se não bastasse, a presente luta, ainda se apresenta preconceitos baseados na orientação sexual de uma pessoa, além de se caracterizar como um desrespeito a dignidade humana da pessoa, acaba muitas vezes assentando para os mesmos sentimentos de rejeição e desamparo, o que poderá implicar em muitos o receio de adotar. Ainda assim Maria Berenice Dias (2012, p.47) ressalta a importância de tal união ser reconhecida, visto que não a fazendo se tornaria absolutamente discriminatório:

> Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoas e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Ressaltando a entidade familiar independente da orientação sexual ou identidade de gênero de seus membros. Maria Berenice Dias (2016, n.p.) muito bem pontua ao falar de forma expressa que "A família homoafetiva goza da especial proteção do Estado, como entidade familiar, fazendo jus a todos os direitos assegurados à união heteroafetiva, no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões."

É notório a percepção de que com os avanços jurisprudênciais para ser aceita a inclusão, ainda é um passo árduo, com preconceitos em evidencia, fica cada vez mais difícil julgar os direitos fundamentais impostos por aqueles que sofrem de tal repreensão.

Paralelamente ao preconceito acerca da adoção para casais homoafetivos muito deve ser discutido, ressaltando ainda o dever assegurar o melhor interesse para criança em consideração, já que vem a ser um direito seu também discutido e debatido por muitos.

Ainda assim Jéssica Batista Correa et al..(2015, n.p) apresenta o melhor interesse da criança com prioridade:

> Uma família, formada por um casal homossexual esteja rodeada de preconceitos, é muito mais saudável para uma criança crescer neste ambiente familiar, do que passar toda sua infância e adolescência em um ambiente institucionalizado, carregando consigo aquele sentimento de ser renegado.

Visto isso, caso o casal homoafetivo venha a possuir todo o preparo para receber a criança, proporcionando todo aconchego, amor, estudos, respeitando sempre o melhor interesse para a mesma, deve-se deixar o preconceito de lado e resguardar os direitos a ela previstos legalmente, conforme previsto no art. 19 do ECA. Silvio de Salvo Venosa (2017, p.452), ainda apresenta que:

> Em sede de adoção nunca deve ser esquecido que esse instituto na atualidade vê o conforto, o carinho e a afetividade em prol do menor e apenas secundariamente o interesse dos adotantes. O interesse do menor adotando deve ter sempre prioridade. Essa é certamente a principal razão de a adoção somente ser conferida por sentença judicial em nosso sistema.

Além do preconceito com casais homoafetivos, se existe ainda preconceitos acerca de qual criança adotar, pois ainda que por mais que exista pessoas aptas a adotar a maioria busca um estereótipo generalizado. Grande parte dos casais que se cadastram no CNA, buscam por crianças brancas, sem nenhuma alteração ou problemas genéticos, com uma unidade inferior a 4 anos de idade.

Ao fazer uma busca no campo de estatísticas do SNA disponibilizado no site do CNJ e fazer uma analise de adoções feitas pela vara da infância e juventude e adoções , entre os anos de 04/06/2017 até o 04/11/2020, apresentasse 264 registros de crianças adotadas, contudo o que vem a chamar atenção para o debate é que 132 registros são para crianças de 0 até 3 anos, 32 registros para crianças de 6 a 9 anos e 11 registros para crianças de 12 a 15 anos, possuindo ainda o maior índice para brancas (35), pardas (34) e pretas (5).

Salienta assim a existência de preconceitos emitidos pela sociedade ainda, tanto que o ideológico perfeito vem a ser uma criança branca, com determinadas características, com uma idade aceitável para ser educada, sem qualquer tipo de anomalia ou doença, e acabem deixando de lado crianças com uma idade maior que acabam sendo criadas pelo sistema.

Mudanças devem vir a ocorrer, visto que o melhor interesse para a criança é que seja educada, amada, em um ambiente seguro e acolhedor, conforme prevê a legislação, sendo assim não possui qualquer restrição, pois tantos casais homoafetivos ou heteroafetivos podem proporcionar tais requisitos para aqueles que por ventura venham a adotar.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presença de preconceitos em relação aos homoafetivos, existe igualdade que todos os seres humanos possuem independentemente de sua cor,

raça, ou religião, estabelecendo ainda que ambos possuem o direito de serem felizes respeitando assim seu direito a dignidade da pessoa humana.

A família homoafetiva vem a estar presente cada vez mais no direito brasileiro, já que por ventura não vem a ser algo criado recentemente, a relatos na história que tal modalidade sempre existiu, porém com a presença de preconceitos que os cercam acabam muitas vezes deixando de se falar.

Com marcos como a ADI 4277 e ADPF 132, se faz presente uma luta por igualdade, por voz, por aceitação, tal jumento veio a transpor que pessoas dos mesmos sexos possuíam os mesmos direitos impostos aos casais heterossexuais.

É evidente que com os avanços jurisprudenciais, o número de casais homoafetivos cresça cada vez mais, e apresente-se como família diante da sociedade. O número de adoções por sua vez iria aumentar cada vez mais, e não deveria se apresentar problema algum nisso.

Com a adoção por casais homoafetivos, crianças e adolescentes que aguardam em lares e abrigos teriam a chance de serem inseridos em um convívio familiar, em um ambiente que os proporcione uma educação adequada, amor, carinho, afeto.

Farias e Rosenvald (2016, p. 966), ressalta que adoção vai muito além de suprir a lacuna, evolve em si um amor:

> A adoção é gesto de amor, do mais puro afeto. Afasta-se, com isso, uma compreensão do instituto como meta possibilidade de dar um a filho a quem não teve pelo mecanismo biológico, como se fosse um substitutivo para a frustação da procriação pelo método sexual. Suprir uma lacuna deixada pela biologia. É a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos, enfim, pelo amor.

Deve-se retirar o preconceito presente na sociedade e levar em conta o melhor interesse da criança e do adolescente, não seria justo com o mesmo impossibilitar que se tenha uma família por ser constituída por casais homossexuais, visto que não há problema algum imposto, já que por ventura todos somos iguais perante a lei. Então caso seja mais viável para ela a adoção de casais homoafetivos por

proporcionar uma estrutura boa, não há motivos para negar tais direitos de adoção baseados na orientação sexual e sim no melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetivas**. 2. ed. rev. Ponta grossa: UEPG, 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito 132** Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277** Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____, Decreto de Lei n° 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 30 de maio de 2020 .

_____, Decreto de Lei n° 678 de 06 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2020 .

_____, Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 27 de abr. de 2020.

_____, Lei n° 3.071 de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916** (Atualmente revogado). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 30 de abr. de 2020 .

_____, Lei n° 8.069 de 13 de junho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 02 de jun. de 2020.

CNA–**Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sna/estatisticas.jsp. Acesso em: 06 de nov. de 2020 às 16: 10.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 2° ed. E-book baseada na 7° ed, impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Não paginado. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonogr afias%2F99280789%2Fv7.3&titleStage=FtitleAcct=i0adc419b0000016b31b23a3930d676a1#sl=0&eid =6eb91ef9ee3cae7d76461d1df78ecae2&eat=%5Bbid%3D% 221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false. Acesso em: 18 de maio de 2020.

_____, **Manual de Direito das Familias.** 3° ed. E-book baseada na 12° ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Não paginado. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F76474648 %2Fv12.2&titleStage=F

titleAcct=i0adc419b0000016b31b23a
3930d676a1#sl=e&eid=849b5d9e2f9cdd6a53e36e0d9d54bf1e&eat=%5Bbid%3D
%221%22%5D&pg=1&psl=e. Acesso em: 12 de abr. de 2020.

_____, **Família homoafetiva.** Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v.2, n.03,27, nov.2012. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2282/1715 acessado em: 04 de jun. de 2020.

_____,**Família Homoafetiva.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf. Acesso em 24 de Fev. De 2020.

FACHIN, Luiz Edson Fachin Melina Girardi. A Proteção dos Direitos Humanos e a Vedação à Discriminação por Orientação Sexua**l**. In: DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 43-57.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 9° ed, Salvador: JusPodlvm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família. 7° ed. São Paulo: Saraiva, 2017. GIRARDI, Viviane. Direito Fundamental a Própria Sexualidade. In: DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 35-41

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Familia. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEVINZON, Gina Khalfif. **Adoção.** Coleção Clinica psicanalítica dirigida por Flavio Carvalho Ferraz. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Familias**. 4°ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Familia**. 8°ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A familia e a questão patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antinupcial, contrato patrimonial na união estavel**. 1° ed. em E-book baseada na 3° ed. impressa. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. Disponivel em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F107102591%2Fv3.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b0000016b31b23a3930d676a1#sl=e&eid=2f9ed08b9ffaa2fe19bc80a961064d04&eat=a107103116&pg=1&psl=&nvgS=false Acessado em: 8 de maio de 2020.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva Civil- Constitucional. In: DIAS, Maria berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p.59-74. ISBN 9788520353615 .

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar: família, filhos e desafios**, São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. ISBN 978-85-7983- 036-5. Disponivel em: https://static.scielo.org/scielobooks/965tk/pdf/oliveira-9788579830365.pdf Acesso em: 14 de abr. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil volume V: Direito de Familia**. 26° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REINHEIMER, Thiele Lopes. Homoparentalidade: Uma Questão de Amor**.** In: DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** 2° ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p 313 – 322.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A União Homoafetiva á Luz dos Principios Constitucionais.** In: DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 91-112.

RODRIGUEZ, Carolina Costa Val; LOPES, Fernanda Almeida Lopes. **Adoção por Casais Homoafetivos.** De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 15, 2016, n° 26, p. 173-217, ISSN 1809-8487. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliot eca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/DeJure_n.26.pdf Acesso em: 18 de Abr. de 2020.

SANTOS, José Victor De Oliveira et al . **Adoção de crianças por casais homossexuais: as representações sociais**. Temas psicol., Ribeirão Preto, v. 26, n. 1, p. 139-152, mar. 2018. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v26n1/v26n1a06.pdf Acessos em 04 jun. 2020.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção.** 1° ed em e-book baseada na 4° ed. Impressa. São Paulo, 2019. Não paginado. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F215542010%2Fv4.5&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b0000016b31b23a3930d676a1#sl=p&eid=f685f6e2399e67636c0c8a3ad0c587ec&eat=a220636817&pg=I&psl=&nvgS=false . Acesso em: 18 de abr. de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 5: Direito de Familia**. 12° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume unico.** 8° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
QUEIROZ, Isabella tamani de Souza; Santos, Wenner Daniele Venancio dos. **Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos: Breve Analise do Preconceito**. p. 1-89, 15 abr. 2018. Disponível em https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1195.pdf. Acesso em 04 jun. 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Hermenêutica Juridica. In: DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 205-246.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Familia**. 17° ed. São Paulo, Editora: Atlas, 2017 (Coleção direito civil 5).

XVII SEMINARIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO NO MERCOSUL, XVII., 2015, Rio Grande do Sul. Anais [...]. Rio de Janeiro: [s. n.], 2015. n.p p. Tema: **Adoção Homoafetiva no Direito Brasileiro**. Inclui bibliografia. Disponível em: https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20%20ARTIGOS/ADOCAO%20HOMOAFETIVA%20NO%20DIREITO%20BRASILEIRO.PDF. Acesso em: 4 jun. 2020.

Capítulo XI

O USO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA COMO ALTERNATIVA DA PRISÃO CIVIL

Rita de Cássia Abdo Nascimento*

Elaine Oshima**

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar as medidas típicas e atípicas previstas em lei, as quais visam o adimplemento do crédito alimentar de modo célere, verificando a viabilidade do uso da tornozeleira eletrônica, como medida alternativa à prisão para o devedor de alimentos, sendo aplicado o seu uso em decisões emanadas pelos Tribunais pátrios.

Assim, o uso da tornozeleira eletrônica pelo devedor alimentar é visto como meio viável, considerando que o devedor deixa de cumprir a sua obrigação com o alimentando que necessita desse auxílio para suprir suas necessidades básicas de vida.

Sem dúvidas, o direito aos alimentos é garantido por lei, porém a falta de comprometimento do alimentante, o qual age por muitas vezes por vingança ou por acreditar que outra pessoa fará uso dessa verba e não o alimentado. Cessando a preocupação com o bem estar da prole, que precisa provocar a justiça para ter o seu direito a subsistência garantida com dignidade.

Desse modo, a fim de obter a satisfação deste crédito é necessário pleitear o cumprimento de sentença e buscar todas as alternativas brandas para obrigar o

* Bacharel em Direito pela FESP/PR. Contato: ritaabdonascimento@gmail.com
** Mestre em Psicologia Jurídica. Professora de Direito Civil junto a FESPPR. Advogada. Contato: elaine.oshima@gmail.com

alimentante a respeitar e cumprir com a sua responsabilidade, visto tratar-se de alimentos essenciais a vida do alimentado.

Um exemplo prático é a expropriação, ela só terá efeito se o devedor estiver ocultando bens, ou que tenha pecúnia a receber, o juiz poderá, a pedido do alimentando, fixar a penhora *on line*, apreensão de passaporte ou carteira nacional de habilitação.

Certamente, tais meios atípicos não causariam efeitos ao devedor assalariado, pois pode não ter nenhuma das possibilidades supracitadas. É de fundamental importância que o alimentado procure o Poder Judiciário para requerer o cumprimento de sentença, seja pelo rito da expropriação ou rito da rito da coerção pessoal, que visa coagir psicologicamente o alimentante, intimando para que em três dias pague o que deve ou prove a quitação do débito ou ainda, que justifique a ausência de pagamento.

Impende destacar que, a prisão do devedor de alimentos não pode ser considerada uma punição, mas sim uma forma de pressioná-lo a quitar sua dívida no prazo fixado sob risco de prisão. O pagamento ocorre em forma de pecúnia, de modo que mesmo cumprindo o tempo de custódia o devedor não estará livre de seu débito.

Em contrapartida, é de fundamental importância que o uso do monitoramento eletrônico se torne uma medida executória alternativa à prisão civil, uma vez que poderá trazer resultados benéficos para o alimentante, que mesmo tendo sua liberdade limitada e a restrição de direitos, poderá exercer suas atividades laborativas e suprir as necessidades essenciais do alimentando e a sua própria subsistência.

2 DOS ALIMENTOS E SUA EXIGIBILIDADE

A prestação de alimentos é um favorecimento que o alimentante proporciona ao seu dependente, desde a sua concepção até que possa prover a sua própria existência, com objetivo de garantir a manutenção e subsistência física e moral do alimentado. (Cahali, 2009, p.15-16).

Segundo Madaleno (2017, p. 354) os alimentos são um sagrado direito à vida e representam um dever de amparo e devem atender a condição social, estilo de vida

do alimentando e a capacidade econômica do alimentante capaz de prover um sustento digno aquele que os recebe.

No que tange aos alimentos há duas formas possíveis de sua prestação: a decorrente do poder familiar e do vínculo de parentesco. Nesse sentido afirma Nery (2020, RB 1.1) a prestação de alimentos é solidária e envolve toda a família do dependente. Assim, alimentos são prestações que atendem inicial e preponderantemente ao espírito de solidariedade familiar.

Importante destacar que, tal obrigação é imposta legalmente aos parentes em linha reta, ou seja, filhos, pais, avós, netos, bisavós, bisnetos, o dever de cuidar, amparar e assegurar a subsistência digna de sua prole, entretanto conforme nos mostra o artigo 229 da Constituição Federal, a obrigação de alimentar é dos pais para os filhos e vice-versa, já a obrigação dos demais familiares é subsidiária:

Na relação conjugal há também possibilidade de pedir alimentos de um cônjuge para outro, por motivos relevantes e fundamentados. A parte credora ajuizará uma ação de prestação de alimentos, em virtude de uma necessidade temporária, visando a assistência alimentar de seu ex-cônjuge, para que possa manter a sua subsistência com dignidade, de acordo com o artigo 1566, inciso III, do Código Civil/2002.

Importante destacar que, a maioridade por si só não exonera o alimentante da obrigação alimentar, cabendo a este a propositura de demanda especifica. Fato é, que nem todos os valores fixados aos filhos são adimplidos de forma correta, cabendo assim ao alimentado a tomada de medidas judiciais cabíveis, as quais serão demonstradas posteriormente.

Em via alternativa e quiçá complementar muitos alimentados buscam na via criminal a punibilização do alimentante pelo crime de abando material, considerando que este não cumpriu com a obrigação de cuidar do seu dependente, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente gravemente enfermo.

3 DAS MEDIDAS COERCITIVAS E A SATISFAÇÃO DO DÉBITO ALIMENTAR

Segundo Rosa (2019, p. 532) “a fome não espera e as contas batem às portas mensalmente (ou semanalmente, diariamente)” e uma vez estabelecida uma obrigação alimentar, cabe ao credor buscar meios para obter o valor devido, cabendo a lei e ao magistrado a adoção de meios mais céleres e eficazes para a cobrança das pensões alimentícias.

O Código de Processo Civil/2015, e seu artigo 139, inciso IV, apontam medidas que o magistrado poderá adotar nos casos de inadimplemento do devedor de alimentos:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Como se vê, o Estado faz uma constrição psicológica contra o alimentante para que cumpra com suas responsabilidades perante o alimentando. A coerção pessoal poderá ser com a prisão, segundo artigo 528, §3º e com a coerção patrimonial, multa pecuniária, conforme artigo 814 Caput, ambos do Código de Processo Civil/15. (Assis, 2020, RB. 9.2)

Tradicionalmente, a última *ratio* é a privação de liberdade do devedor de alimentos, motivo pelo qual a legislação pátria traz outros meios para garantir adimplemento do débito alimentar e m atenção ao princípio da dignidade humana tanto do alimentado quanto do alimentante.

Com previsão no artigo 529, §3 do CPC/15, o desconto em folha de pagamento é considerado um meio eficaz para satisfazer as necessidades essenciais do alimentando, que deverá identificar a empresa ou órgão público, considerada fonte pagadora(Assis, 2020, RB. 8.2). Portanto, sabendo que o devedor poderá ser um servidor público ou um empregado sujeito as leis trabalhistas, o juiz oficiará o setor de recursos humanos para que faça o desconto em folha de pagamento do valor de

alimentos já fixados, referente aos rendimentos totais do devedor, sob pena de crime de desobediência, conforme artigo 912, §1º do CPC/15.

Outra forma prevista é a expropriação, a qual tem por objetivo assegurar o direito do alimentando, garantindo judicialmente o depósito mensal em dinheiro e sem a ocorrência do efeito suspensivo, para que o dependente possa receber o que lhe é devido sem esperar muito tempo. Ou seja, quando o desconto em folha não se mostra eficaz, a expropriação em dinheiro é outra opção quando se trata da prestação de alimentos, pois compreende bens e qualquer espécie de rendimentos do devedor, tais como os aluguéis, em atenção aos artigos 528, §8º e 913, Código de Processo Civil/15 (Assis, 2020, RB.7.4).

Já, o desapossamento segundo Araken de Assis (2020, RB. 5.3) é um meio excepcional e visa procurar bens do devedor para satisfazer as necessidades do alimentando. Trata da obrigação de entrega de coisa certa, conforme artigo 806, §2º do Código de Processo Civil/15. Assim sendo, o credor deve no momento da ação de execução, requerer a expropriação como meio de garantir o recebimento do valor referente à prestação de alimentos fixados judicialmente, bem como apresentar um demonstrativo de crédito do devedor de alimentos, conforme artigo 524 CPC/15, caput e seus incisos.

De outro lado, a penhora é uma forma de expropriação que decorre sobre os créditos que o devedor tem a receber, consoante artigo 529, § 3º com o que determina o artigo 835, inciso I do CPC/15, permitindo o desconto total de 50% de toda a renda do devedor alimentar. Na prática, inexiste efeito suspensivo quanto ao levantamento de dinheiro, ou seja, o alimentado poderá receber as prestações de alimentos já fixadas judicialmente. (Assis, 2020, RB. 20.25)

A legislação processual permite a penhora on-line denominada por SISBAJUD, transcorre com a solicitação do alimentado ao juiz que requer junto às instituições financeiras, via internet, o bloqueio de créditos futuros do devedor de alimentos como aplicações financeiras, conta corrente, poupança, FGTS entre outros.

Outros meios como a Inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, a suspensão da carteira nacional de habilitação e apreensão do passaporte são aplicadas de modo comedido no ordenamento pátrio. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, a suspensão ou retenção da carteira nacional de

habilitação não tira do cidadão o seu direito de ir e vir, apenas por não possuir permissão para dirigir veículos. Visto que, pessoas que não possuam habilitação também poderão sentir-se privadas desse direito. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 97876 – Supremo Tribunal de Justiça).

4 A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR ALIMENTAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Com certeza, um dos direitos mais valorados em nosso ordenamento jurídico é o direto à liberdade, sendo a prisão civil por débito alimentar a única hipótese de restrição deste direito na esfera cível (Rosa, 2019, p. 536).

Portanto, deve ser aplicada somente ao devedor de alimentos, quando o desconto e a expropriação não surtem os efeitos desejados, ou seja, quando o devedor por vontade própria e sem justificativa considerável, deixa de cumprir o que ficou acordado em juízo, não restando alternativa ao alimentado a não ser demandar a ação de execução de sentença, pedindo a prisão civil do alimentante (Assis, 2020, RB. 8.3).

Ao juiz, não é permitido alterar, de ofício, a coerção pessoal por expropriação. E nesse sentido afirma Assis (2020, RB. 3.3): “Assim, postulada a execução do crédito alimentar mediante coerção pessoal, não é lícito ao órgão judiciário alterá-la para expropriação, ex officio, igualmente cabível”.

Desse modo, o juiz poderá decretar a prisão desde que seja comprovada até três prestações de alimentos vencidas, antes do ajuizamento da ação de execução de alimentos, conforme artigo 528, §7 do CPC/15 e Súmula 309 do STJ. Comprovada a inadimplência na prestação de alimentos, o devedor poderá ser privado de sua liberdade tendo sua prisão decretada, de acordo com o artigo 528, § 3º CPC/15 a prisão se dará pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses de reclusão. (CPC/15)

Importante, aclarar que a prisão civil do devedor de alimentos está fundamentada na Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 5º, inciso LXVII:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, [...].
> [...]
> LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia

No mesmo sentido, o Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 7º, item 7, dispõe sobre a prisão civil:

> Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal:
> 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Já, o Código de Processo Civil/15, artigo 528, §3º dispõe:

> Art. 528. No cumprimento de sentença que condene [...].
> § 3º. Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, na forma do parágrafo 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Constata-se, assim, que a prisão civil é um meio de coerção pessoal e tem por objetivo pressionar psicologicamente o devedor de alimentos a adimplir com sua obrigação, visa garantir que o alimentado tenha o suporte necessário para o seu desenvolvimento e existência baseada na dignidade da pessoa humana (Arenhart, Marinoni, 2013, VII, 1.3.3).

O encarceramento uma medida extrema e muito severa, mas por outro lado é um método eficaz, pois efetiva o direito de subsistência com dignidade do alimentado e busca não ferir o direito à liberdade do alimentante e segundo Rosa (2019, p. 536) com a citação do dinheiro para a quitação do débito aparece como num “passe de mágica”.

A restrição de liberdade do devedor de alimentos deverá ser a última hipótese empregada como medida executiva, um uma vez que poderá ocorrer um resultado diverso do esperado, vindo a prestar apenas como um meio punitivo tanto para o alimentante, que ficará sem prover recursos para si, quanto para o alimentando que não receberá os alimentos necessários para a sua existência.

O entendimento aplicado pelo Supremo Tribunal de Justiça quanto ao descumprimento de acordo entre o credor e devedor, que foi homologado em ação judicial de execução de alimentos, poderá ser decretada a prisão civil, se esse for o rito escolhido pelo alimentando. O pagamento parcial da dívida alimentar não impede o mandado de prisão do alimentante (Habeas Corpus 350.101 –MS – Jurisprudência e Tese, Edição 77).

Havendo o débito de verbas alimentares, não pretéritas, até as três últimas prestações a serem adimplidas integralmente, antes da propositura da ação de execução e as que estiverem por vencer durante o processo, em atenção a Súmula 309 do STJ.

De acordo com Araken de Assis (2020 – RB. 8.16) o devedor de verba alimentar poderá ter a sua prisão decretada quantas vezes forem necessárias, desde que não tenha relação com as parcelas já questionadas judicialmente, pois configura *bis in idem.*

Quanto ao cumprimento da pena, o alimentante cumprirá em regime fechado, em cela separada dos demais presos da justiça criminal, uma vez que não cometeu crime tipificado no Código Penal. Resta claro, que o devedor de alimentos não representa um risco à sociedade, mas ao direito indispensável à existência do alimentando.

Em relação à substituição de regime prisional o Supremo Tribunal de Justiça entende que, em casos excepcionais, o devedor de alimentos poderá requer o cumprimento da pena em prisão domiciliar, como se observa atualmente diante da pandemia de COVID-19.

5 A VIABILIDADE DO USO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA PARA DEVEDOR DE ALIMENTOS

A tornozeleira eletrônica é um equipamento eletrônico de vigilância de longa distância, instituído pela Lei 12.258/2010, que visa o monitoramento indireto do condenado que teve a saída temporária decretada por um juiz de Execuções Penais que determinará a utilização.

Como se observa, a tornozeleira eletrônica pode ser considerada uma medida alternativa à prisão civil, bem como um meio de coerção pessoal que não restringe totalmente e sim parcialmente a liberdade de ir e vir do cidadão que está inadimplente com a prestação alimentar.

Essa medida não está explicita no Código de Processo Civil, porém o artigo 139, inciso V, prevê a adoção de medidas alternativas e atípicas por parte do magistrado. É possível utilizá-la como um meio coercitivo, abrangendo a todos os devedores de alimentos, com ou sem poder aquisitivo conforme nos traz,

No cotidiano forense, sua aplicação virou notícia no dia 27 de novembro de 2016, quando o telejornal Fantástico[1] apresentou uma matéria sobre o uso da tornozeleira eletrônica por devedores alimentares, no Estado do Paraná. A entrevistada foi a Desembargadora Joeci Machado Camargo, que falou sobre a medida adotada e seus efeitos, sendo defensora do uso da tornozeleira eletrônica, diferenciou o pai que não paga a pensão, do pai trabalhador que não tem condições de pagar.

A prisão civil do devedor de alimentos, exposta na matéria do Fantástico, é uma forma de punição ao alimentante, pois, além de ser uma medida vexatória e desumana, o alimentante não terá como trabalhar para buscar o seu sustento, bem como prover a mantença do seu dependente, pois estará recluso e sem os seus direitos garantidos.

A Defensoria Pública do Paraná impetrou um Habeas Corpus Coletivo Repressivo e Preventivo, junto a Câmara Cível – Matéria Alimentos, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pedindo a conversão da pena de prisão do devedor de alimentos em regime fechado, para a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, dado ao fato do país estar vivendo um momento crítico de pandemia, e preservando a saúde física e mental do preso, bem como reduzir o risco de transmissão do COVID-19. (Habeas Corpus 0014288-34.2020.8.16.0000).

[1] http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/11/justica-ja-pune-calote-na-pensao-alimenticia-comtornozeleira-eletronica.html

O habeas corpus supracitado traz um conteúdo rico de informações acercado monitoramento eletrônico e as condições em que vivem os presos encarcerados e tem por objetivo, minimizar o caos e diminuir a superlotação no sistema prisional.

Segundo um levantamento feito pela Defensoria Pública, no dia 20 de março de 2020, o Paraná somava um total de 491 mandados de prisão civil cumpridos. Certamente que é um número expressivo de devedores presos no setor de carceragem das delegacias de polícia civil ou no sistema prisional de segurança máxima, sem a mínima garantia do cumprimento da lei que o ampara e a total falta de respeito pelo princípio da dignidade humana, que lhe é cabido ao preso civil por dividas alimentares.

Se dúvidas, a superlotação do sistema carcerário e a ponderação dos interesses dos conflitantes em cada caso, envolvendo inclusive, a dignidade do executado face ao já reconhecido estado inconstitucional de coisas que assombra os presídios brasileiros, a prática inova ao se apropriar da tecnologia das tornozeleiras eletrônica para oferecer aos juízes das Varas de Família uma medida coercitiva alternativa à prisão civil do devedor de alimentos, mecanismo que, de um lado, mostrou-se mais eficiente ao atingir a quitação do débito alimentar, e, do outro, mais adequada às situações em que o alimentante, uma vez preso, terá o seu contrato de trabalho suspenso e não rendimentos nem para o pagamento de alimentos já vencidos, nem para os alimentos vincendos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ideias trazidas neste artigo se direcionam a obrigação alimentar inadimplida, ocasião na qual o credor deverá buscar meios para obter o valor devido. No mesmo sentido, cabe ao magistrado a adoção de meios mais céleres e eficazes para a cobrança das parcelas devidas, afinal há devedores que não se preocupam em ter o seu nome incluído no cadastro de inadimplentes ou ter cassada a sua carteira nacional de habilitação ou passaporte. Já, inclusive ocultou os bens ou até mesmo dilapidar o patrimônio que está em seu nome, somente para se eximir da responsabilidade de cuidar do bem estar e desenvolvimento do alimentando.

Fato é, que nem sempre as medidas coercitivas se demonstram eficazes sendo inegável que a prisão civil passa a ser o único meio de compelir o devedor de alimentos a quitar sua dívida. Todavia, há uma parcela de devedores que por dificuldades pontuais não conseguiram honrar com as parcelas alimentares, sendo a prisão civil um “castigo” que o condenará ao desemprego ou o privará de seu ganho diário, nos casos de trabalhadores autônomos.

Ora, o uso do monitoramento eletrônico deve ser visto como medida executória alternativa à prisão civil, uma vez que poderá trazer resultados benéficos para o alimentante, que mesmo tendo sua liberdade limitada e a restrição de direitos, poderá exercer suas atividades laborativas e suprir as necessidades essenciais do alimentando e a sua própria subsistência.

Em tais casos, a medida referida seria aplicada por um período de 1 (um) a 3 (três) meses, passando esse prazo, ou o alimentante adimplindo a sua prestação alimentar, será revogado o uso do monitoramento eletrônico. Importante aclarar, que o uso da tornozeleira eletrônica, só será emprega com o consentimento do alimentante.

Diante de todo o apresentado resta claro que há viabilidade do uso da tornozeleira eletrônica enquanto medida atípica, cabendo ao magistrado a verificação das condições de sua aplicação. Importante dizer, que tal medida é vista como alternativa sob a ótica da superlotação carcerária, mas como um olhar mais atento as situações em que o alimentante reúne condições de prover a quitação do débito, pois se encontra empregado ou é profissional autônomo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Da Execução de Alimentos e da Prisão de Devedor.** 11ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2020. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F95469721%2Fv11.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000016686e07c6d546ab76a#sl=0&eid=6c377bcbbfccdcfacb1dfe490c8f4c63&eat=%5Bereid%3D%226c377bcbbfccdcfacb1dfe490c8f4c63%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false

ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Temas Atuais e Controvertidos.** 1ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2020. Disponível: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F23973166

2%2Fv1.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000016686e07c6d546ab76a#sl=0&eid=71f5000234156a5e2ef5fad40af9781d&eat=%5Bereid%3D%2271f5000234156a5e2ef5fad40af9781d%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false

BRASIL**. Código Civil. 2002.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

BRASIL. **Código de Processo Civil. 2015.** Disponível em www.planalto.gov.br/ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

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

BRASIL**. Lei 5.478, de 25 de julho de 1968.** Dispõe sobre ação de Alimentos e dá outras providências**.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm

BRASIL. **Lei 12.258, de 15 de junho de 2010.** Altera o Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização e equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12258&ano=2010&ato=750o3aU1keVpWTac2

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de em Recurso Especial, nº 521.975 – SP**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401161772&dt_publicacao=22/05/2019

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 422.699 - SP.** Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.469.102 - SP.** Disponível em: Jurisprudência em Tese - Edição 59; item 2. https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.469.102 - SP.** Disponível em: Jurisprudência em Tese - Edição 65; item 2. https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.218.510 - SP.** Disponível em: Jurisprudência em Tese - Edição 65; item 4. https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça**. Recurso em Habeas Corpus nº 67.645** Disponível em: Jurisprudência em Tese - Edição 65; item 5. https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 350.101 - MS.** Disponível em: Jurisprudência em Tese – Edição 77; item 3. https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 327.445 - SP.** Disponível: Jurisprudência em Tese - Edição 77; item 4. https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 305.805 - GO.** Disponível em: Jurisprudência em Tese - Edição 77; item 5. https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.320.244 - DF.** Disponível: Jurisprudência em Tese – Edição 77; item 7. https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp

CAHALI, Yussef Said**. Dos Alimentos.** 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San Jose da Costa Rica.** 1969 Defensoria Pública do Estado do Paraná**. Habeas Corpus Coletivo nº 0014288-34.2020.8.16.0000** – Ref. mov. 1.1. 20/03/2005

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução, Curso de Processo Civil V.3. 1ª ed. em e-book, baseada na 5ª ed. impressa revista e atualizada**. São Paulo, 2013. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F89415708%2Fv5.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000016686e07c6d546ab76a#sl=0&eid=5cc3826f59faa420a2f7f2223d411ecb&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Alimentos.** 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2020. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F167016823%2Fv2.6&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000016686e07c6d546ab76a#sl=0&eid=47d30ec39240d9e382e5244b72e6da39&eat=%5Bereid%3D%2247d30ec39240d9e382e5244b72e6da39%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false.

Telejornal Fantástico. **Justiça já pune calote na pensão alimentícia com tornozeleira eletrônica.** Edição do dia 27/11/16. Disponível em: http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/11/justica-ja-pune-calote-na-pensao-alimenticia-com-tornozeleira-eletronica.html

Capítulo XII

O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUAS INCORREÇÕES ESTRUTURAIS:

IMPACTOS NA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Thayse Rodrigues Ferreira[*]

Guilherme Borba Vianna[**]

1 INTRODUÇÃO

Transcorridos quinze anos desde a substituição do Decreto-Lei 7.661/45 (BRASIL, 1945) pela Lei 11.101 de 2005 (BRASIL, 2005), tem se observado a necessidade de alteração legislativa, visando suprir as omissões constantes na vigente legislação, a fim de que sejam implementadas adaptações e melhoramentos, tanto na recuperação judicial como na falência do empresário.

Nesta toada, em 2018 foi elaborado o Projeto de Lei 10.220 (BRASIL, 2018), o qual, posteriormente, foi declarado prejudicado e incorporado ao Projeto de Lei 6.229 de 2005 (BRASIL, 2005), ambos relatados pelo Deputado Federal Hugo Leal. Paralelamente a isso surge o PL 1397/2020 (BRASIL, 2020) em meio a pandemia da COVID-19, buscando, dentre outras alterações, possibilitar que o “agente econômico” se sujeite à Lei 11.101/2005, e não apenas o empresário conceituado pelo art. 966 do Código Civil. (VIANNA, CORRÊA, 2020, p. 158)

[*] Graduanda em Direito pela FESPPR. Estagiária na 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba. Contato: rodthayse@gmail.com.

[**] Mestre em Direito Econômico e Social (PUCPR). Especialista em Direito Societário (UFPR). Especialista em Direito Processual Civil (IBEJ). Professor de Direito do Consumidor e de Direito Empresarial na FESPPR. Associado Brasilcon. Advogado.
Contato: vianna@andersenevianna.com.br.

A Lei 11.101/05 tem como principal intento a recuperação judicial e a manutenção da atividade empresarial, preservando a sua função social. O intuito do PL 6.229/05 é justamente manter este conceito e aprimorar a sistemática do procedimento recuperacional, tornando-o mais eficaz e célere.

Nos últimos anos o país sofreu um grande impacto na economia, gerando a falência de muitas empresas e, por consequência, o desemprego de milhares de brasileiros, sendo este um dos motivos da inevitabilidade da alteração legislativa para que seja possível recuperar mais empresas, desde que viáveis. O número de pedidos de recuperação judicial cresceu de forma significativa nos últimos anos, surgindo credores com dívidas correspondentes a cerca de 90 bilhões de reais.

Diante disso, esta temática empresarial que era pouco discutida, hoje ganha espaço e relevo entre as demais áreas do direito, mostrando-se muito atual o seu estudo e divulgação para que cada vez mais os operadores do direito e de outras áreas compreendam a sua relevância para o êxito do desenvolvimento econômico e social do país.

Assim, considerando a necessidade de realizar uma melhor aplicação dos institutos da recuperação e da falência empresarial, é de fundamental importância a imediata implementação das atualizações propostas pelos PL's 6.229/05 e 1397/20 na Lei 11.101/05.

2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI 11.101/2005

A recuperação judicial, em suma, consiste em um meio judicial pelo qual o empresário inadimplente busca realizar a novação de suas dívidas e, ao mesmo tempo, manter em funcionamento sua atividade empresarial, por meio de um acordo coletivo com seus credores.

A atual legislação traz como foco da recuperação judicial a superação da situação de crise do devedor, a fim de que a empresa cumpra sua função social, gerando empregos, produzindo produtos ou serviços no mercado, bem como estimulando a atividade econômica e social que lhe são inerentes.

Com efeito, os principais objetivos da recuperação judicial focam “a busca pela maximização de valor dos ativos e a redução dos custos para a satisfação de toda a coletividade de credores.” (JACKSON, 1986, p. 15). Este foi e continua sendo o objetivo proposto pela Lei, todavia, as lacunas existentes na legislação não permitem a melhor aplicação do instituto.

Vale lembrar que o empresário endividado passa pela crise econômica (retração da atividade), que é um fator inesperado, seguida pela crise financeira (falta de caixa), e que desencadeia a crise patrimonial (suas dívidas superam seu patrimônio), quando o empresário deixa de cumprir com as suas obrigações e muitas vezes não consegue mais se recuperar.

O empresário que busca a sua recuperação judicial quando já se encontra sob a crise patrimonial possui maior dificuldade durante o processo e pode não conseguir se recuperar, sendo este, em boa parte dos casos, o motivo para a decretação da falência.

O processo da recuperação judicial passa por três fases. A primeira, chamada de fase postulatória, inicia-se com o protocolo da petição inicial do pedido de recuperação judicial e a juntada de uma série de documentos. Ato contínuo é dado início à segunda fase no momento em que é deferido o processamento da recuperação judicial, sendo essa fase chamada de fase deliberativa, que culmina com a aprovação do plano de recuperação. Por fim, a fase de execução, como o próprio nome diz, é a fase na qual se dará início ao cumprimento do plano, compreendendo os próximos dois anos até a sentença de encerramento do processo recuperacional.

Assim, em que pese o atual diploma legal, inspirado no código americano (*Bankruptcy Code)*, apresente minuciosos requisitos para viabilizar o processamento da recuperação judicial, é objeto de questionamento pelos profissionais da área, uma vez que apresenta falhas em sua estrutura.

O judiciário possui grande responsabilidade ao julgar e processar casos de recuperação judicial, considerando que “no contexto atual a questão não é mais da incorporação ou não dos argumentos econômicos no raciocínio judicial, mas sim de como o argumento econômico será trabalhado na argumentação judicial” (KLEIN, GRANDO, 2016, p. 141)

Ademais, ressalte-se que “o correto funcionamento de um sistema econômico depende, fundamentalmente, da criação das leis e do Poder Judiciário, a quem compete assegurar o seu cumprimento” (AZEVEDO, RIBEIRO, 2016, p. 165)

Desta forma é inegável que o magistrado deve estar preparado para enfrentar todas as questões, não somente jurídicas, mas também econômicas, até por isso que varas especializadas em direito empresarial apresentam melhores índices de êxito nas recuperações judiciais do que em juízos comuns.

3 REFLEXO DA ECONOMIA SOBRE AS EMPRESAS

Sabe-se que a crise econômica que se instaurou no Brasil no ano de 2014 produz efeitos até o momento. Empresas que à época foram surpreendidas pela recessão, buscaram se manter no mercado de diversas formas, causando um efeito em cadeia e, por consequência, tornando-se inadimplentes e atrasando a busca por uma recuperação de suas atividades.

Com relação à recuperação judicial, no ano de 2017 foram contabilizados 1.420 pedidos no país, sendo que somente 614 empresas deram início ao cumprimento do plano, representando cerca de 43,2% dos pedidos. No ano de 2018 foram contabilizados 1.408 pedidos e 606 concessões (43,03%). Já no ano de 2019 chegaram ao judiciário 1.307 pedidos, número menor em comparação aos anos anteriores, sendo que dessa monta, 709 empresas tiveram a RJ (recuperação judicial) concedida, significando cerca de 51,1% da totalidade dos pedidos. Observa-se ainda que o número de falências decretadas entre os anos de 2017 e 2019 totalizaram 2.777, sendo que as empresas que chegaram a ter seus planos aprovados atingiram 1.929. (SERASA EXPERIAN, on-line)

Vale ressaltar que as Microempresas (ME) e as Empresas de Pequeno Porte (EPP) são as mais afetadas pela crise econômica, pois lideram do número de pedidos, tanto de falência quanto de recuperação judicial. No ano de 2019 os pedidos de recuperação judicial chegaram a 1.387, sendo que desta monta, 851 são MEs, 309 EPPs e 227 grandes empresas.

Considerando que as MEs constituem parcela significativa da economia, a informação acima apresentada se torna estarrecedora.

Em um estudo aprofundado, o magistrado Marcelo Sacramone, juiz da Segunda Vara de Falências e Recuperação de São Paulo, juntamente com os juristas Ivo Waisberg e Marcelo Guedes Nunes, além do diretor técnico da associação brasileira de jurimetria, Fernando Corrêa, realizaram uma pesquisa sobre os efeitos da recuperação judicial com relação às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no Estado de São Paulo. (SCARDOA, SACRAMONE, WAISBERG, NUNES, 2020)

Com resultado do estudo, constataram que as MEs e EPPs correspondem a 87,97% dos empresários ativos em São Paulo, além de, no ano de 2016, representarem 99% dos estabelecimentos empresariais, empregando 48% dos empregados, e traduzindo 27% do produto interno bruto estadual. (SCARDOA, SACRAMONE, WAISBERG, NUNES, 2020, p. 06)

Diversas podem ser as causas do alto número de falências decretadas, tais como o indeferimento do pedido de RJ, a não apresentação do plano no prazo estipulado (60 dias), o descumprimento do plano no período de dois anos e demais hipóteses previstas nos artigos 73, 94 e 105 da LRJF/05.

Importante esclarecer que ao ser indeferido o pedido de recuperação judicial, apesar de não significar a quebra imediata da empresa, dificulta a realização de outro pedido, uma vez que no processo recuperacional o tempo é um elemento essencial, podendo representar o efetivo sucesso ou fracasso da recuperação empresarial.

Ante a experiência que o mercado brasileiro tem adquirido nos últimos anos, nota-se que aos poucos os empresários estão se preparando cada vez mais para as eventuais crises econômicas, contratando serviços especializados para administração de empresas, bem como profissionais de diversas áreas que auxiliam na sua reestruturação.

Com o desequilíbrio da economia nacional, empresas grandes, com forte impacto na economia do país, recorreram ao judiciário buscando uma solução para se manterem no mercado. Estas empresas também possuem fornecedores que movimentam de forma significativa o sistema econômico, gerando um efeito cascata, uma vez que as dívidas giram em torno de milhões ou até bilhões de reais. Da mesma forma ocorre com Mês e EPPs que, apesar de não possuírem o poder econômico de

uma empresa de grande porte, constituem parcela significativa da economia devido ao número destas empresas no mercado.

Portanto, quanto às Mês e EPPs, é inegável a necessidade de tratamento especial de maior abrangência, visto que a Lei atual é limitada a estipular balizas ao plano a ser elaborado.

De forma geral, constata-se que o número de falências decretadas ainda se sobrepõe às recuperações que chegam a executar o plano de recuperação, o que deve ser analisado a fim de descobrir as causas deste resultado, para que futuramente seja possível focar em medidas preventivas por parte das empresas.

4 ALGUMAS LACUNAS A SEREM PREENCHIDAS NA LEI 11.101/2005

Um dos assuntos que geram debates entre os juristas, porém, está próximo de ser pacificado, é a questão da recuperação judicial de produtor rural.

A Lei 11.101/05, em seu artigo 48, lista os requisitos para que o empresário possa requerer sua RJ. Dentre estes requisitos, encontra-se a necessidade de que, no momento do pedido, o devedor exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos. Ocorre que, analisando simples e puramente o artigo, parte da doutrina compreende que deverá o devedor, no momento do pedido, ter registro na Junta Comercial por pelo menos dois anos. A outra parcela entende que, para cumprir o requisito exigido pela lei, basta ao devedor comprovar que exerce a atividade por mais de dois anos, sendo, contudo, dispensável que no momento do pedido o devedor tenha realizado o registro público mercantil.

Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo ao analisar o Agravo de Instrumento nos autos de nº 2057571-65.2018.8.26.0000 (TJSP, 2019, on-line):

> Recuperação judicial. Empresário Rural. Cabimento, desde que comprovado o desenvolvimento da atividade por mais de dois anos, inscrevendo-se perante o Registro Mercantil em data anterior ao pedido. Requisitos cumulativos não cumpridos pelos três produtores rurais acionantes, que, apesar de demonstrar o exercício da atividade rurícola pelo período, não providenciaram o registro mercantil antes da distribuição da recuperação.

> Registro de Vilber que, apesar de providenciado muito antes da distribuição da recuperação, também foi cancelado antes desse termo, nos idos do ano de 1988. Processamento da recuperação judicial revogada no tocante aos produtores rurais.

O §2 do artigo 48, prevê que no caso do produtor rural pessoa jurídica, basta comprovar o prazo de dois anos mediante Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica. Ainda, o Código Civil, em seu artigo 971, autoriza o empresário cuja atividade rural seja sua principal profissão, a requerer sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, tornando-o empresário sujeito ao registro.

Assim, denota-se que a legislação faculta ao produtor rural o registro, uma vez que o registro não possui natureza constitutiva, mas sim declaratória. Porém, deve o empresário estar registrado no momento do pedido de recuperação judicial, podendo comprovar por diversos meios o exercício de suas atividades pelo prazo previsto em Lei.

Tais exigências aparentam ser de mera formalidade, porém, se revelam fundamentais para o andamento da recuperação judicial. Além do fato de não ser deferido o processamento do produtor rural que não preencha os requisitos, o registro causará um grande impacto ao relacionar os credores. E isto porque, caso deferido o processamento da recuperação judicial do produtor rural que se registrou na Junta Comercial somente para fins de ajuizamento da ação, os credores existentes da pessoa física do produtor rural serão abrangidos pelo plano de Recuperação Judicial.

É algo natural a existência de lacunas no direito, uma vez que a sociedade vive em constante mutação, sendo, portanto, utópica a previsão de alterações legislativas, na medida em que a sociedade evolui velozmente.

Em um estudo aprofundado sobre as lacunas existentes no direito, Norberto Bobbio (2014, p. 136) defende que:

> Em relação aos motivos que as provocaram, as lacunas se distinguem em subjetivas e objetivas. Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador [...] as lacunas subjetivas, por sua vez, podem se distinguir em voluntárias e involuntárias. Involuntárias são aquelas que dependem de alguma distração do legislador, que leva a crer regulado um caso que não o é, ou faz com que se negligencie um caso que talvez se considere pouco frequente etc.; voluntárias são aquelas que o próprio

> legislador deixa de propósito, porque a matéria é bastante complexa e não pode ser regulada com regras muito minuciosas, e é melhor confiá-la à interpretação, caso a caso, do juiz.

Percebendo que, com o passar do tempo, a lei se tornou omissa em determinados pontos, o judiciário tem tomado medidas a fim de assegurar um processo mais eficaz, criando entendimentos e interpretações para suprir a ausência de previsão legal sobre certos assuntos, além de expor com maiores detalhes o funcionamento de dispositivo legal que gere excessivas discussões. Assim, no âmbito da recuperação judicial e da falência, além da Lei de regência, a jurisprudência tem um grande peso nas decisões tomadas.

Outro ponto ainda um tanto quanto ignorado é a ausência de especificações acerca da limitação de 150 salários mínimos prevista no artigo 83 da LRJF/05 para o crédito trabalhista na recuperação empresarial. Ainda que o referido artigo se refira à classificação dos créditos na falência, há entendimento jurisprudencial sustentando que a limitação dos créditos trabalhistas deverá ser aplicada analogicamente à recuperação judicial. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, 2017, on-line):

> AGRAVOS DE INSTRUMENTO N. 8000446-62.2016.8.24.000 e 4016249-22.2017.8.24.0000 – HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE PROCEDÊNCIA – IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E DO EX-EMPREGADO. CRÉDITO TRABALHISTA – LIMITAÇÃO A 150 (CENTOE CINQUENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 83, I, DA LEI N. 11.101/05, APLICÁVEL ÀS FALÊNCIAS – POSSIBILIDADE, TODAVIA, DE APLICAÇÃO ANALÓGICA PARA OS CASOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS, DIANTE DA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E DE QUITAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS A TODOS OS EX-FUNCIONÁRIOS – PARÂMETRO QUE DEVE OBSERVAR A DARA DO PEDIDO DE SOERGUIMENTO – VERIFICAÇÃO DO "QUANTUM" NO MOMENTO DE CADA PAGAMENTO QUE PREJUDICARIA OS TRABALHADORES QUE RECEBERAM POR PRIMEIRO, EM RAZÃO DA ATUALIZAÇÃO DO PISO MÍNIMO NACIONAL – RECURSO DO ENTE MINISTERIAL PROVIDO E DO AUTOR DESACOLHIDO.
> Em que pese a restrição imposta pelo art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005 esteja prevista no capítulo referente às falências, é possível sua aplicação, analogicamente, às recuperações de empresa, visando o estímulo ao pagamento de todos aqueles que pleiteiam verbas derivadas da legislação do trabalho, a continuidade das atividades empresariais e também possibilita o cumprimento do plano apresentado e aprovado. A observância do salário mínimo na data do pedido de recuperação judicial não deixa margem a qualquer discrepância de pagamento entre os próprios credores da classe prioritária, pois, se assim não o fosse, aqueles que já receberam os seus

> valores sairiam prejudicados em relação aos outros, cujo pleito ainda pende de análise judicial, em razão do aumento do piso mínimo nacional com o decorrer dos anos.

Conforme prevê o artigo 83, para fins de inclusão no quadro geral de credores na falência, os créditos trabalhistas deverão ser limitados a 150 salários mínimos, excetuados os decorrentes de acidente de trabalho, a fim de que não sejam prejudicados os demais credores trabalhistas com um crédito muito elevado, bem como as demais classes de credores.

Parte da jurisprudência compreende que não se deve aplicar o artigo 83, inciso I da LRJF/05 em analogia para a recuperação judicial, uma vez que não existe norma expressa que possibilite tal interpretação. Todavia, conforme entendimento que vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça, em que pese não ocorra a aplicação automática do referido artigo à recuperação judicial, havendo um consenso entre a recuperanda e os credores da classe trabalhista, não há óbice para a aplicação de limite ao crédito discutido. (STJ, 2019, on-line). Veja-se:

> Cabe, portanto, às recuperandas e aos credores da respectiva classe, segundo os critérios e quórum definidos em lei, deliberarem sobre o estabelecimento de um patamar máximo para o tratamento preferencial dos créditos trabalhistas, não havendo a incidência automática do limite previsto no art. 83, I, da LRF, tal como pretendido, subsidiariamente, pelas recuperandas.

Ainda, a fim de justificar a possibilidade de aplicação de um limite aos créditos, explica o Min. Marco Aurélio Bellizze (STJ, 2019, on-line):

> Este limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários, fixado no inciso I do art. 83 da Lei 11.101/2005, sem encerrar qualquer iniquidade, objetiva proteger o maior número possível de trabalhadores — que, em sua grande maioria não ostentavam altos salários —, impedindo que os recursos da massa sejam consideravelmente consumidos na satisfação de poucos créditos de maior vulto. A proteção legal, como se constata, destina-se a garantir o pagamento prévio dos credores trabalhistas e equiparados — e nisso reside o privilégio legal — de uma quantia suficiente e razoável que lhe garanta a subsistência, um mínimo para o seu sustento.

Superada a questão acerca da aplicabilidade do artigo 83 inciso I à recuperação judicial, ainda resta estabelecer em que data o salário mínimo deve ser calculado para inclusão no QGC (Quadro Geral de Credores), uma vez que a Lei nada dispõe nesse sentido. Ainda que o debate sobre o assunto seja parco, é necessário o devido esclarecimento, uma vez que o reajuste do salário mínimo não se trata somente de correção monetária.

Como bem se sabe, em tese, o reajuste do salário mínimo é feito com base na soma do INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) do ano anterior ao PIB (Produto Interno Bruto) do ano retrasado, adicionados ao salário mínimo anterior. Essa seria a regra, contudo, como é notório, o salário mínimo estabelecido no início do ano de 2020 (R$1.039) ficou abaixo da inflação, sendo retificado somente em meados de janeiro (R$1.045,00), provando que o cálculo utilizado pode sofrer variações.

Tendo esse exemplo em mente, constata-se que é temerário deixar de estipular a data de cálculo do salário mínimo que deverá ser utilizado ao incluir um crédito no QGC.

Ainda que uma pequena parcela da jurisprudência compreenda que deve ser utilizado o salário mínimo nacional à época do efetivo pagamento, o entendimento majoritário é no sentido de que deverá ser utilizado o salário mínimo vigente à época da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial. A justificativa, em suma, é de que os credores deverão partir da mesma base de cálculo, garantindo a equidade no momento do pagamento.

Importante ressaltar que, no início da vigência da Lei 11.101/05, muito se discutia sobre a constitucionalidade do artigo 83 da referida lei, ao determinar a limitação do crédito trabalhista por se tratar de verba alimentar.

Com o passar dos anos a discussão foi superada, restando poucos juristas defensores da inconstitucionalidade da norma. Como bem fundamentam Paulo Salles e Carlos Abrão (2010, p. 306):

> A tendência consolidada pelo STF é reconhecer a constitucionalidade da norma, em torno da fixação de limite, de 150 salários mínimos por credor trabalhista, princípio segundo o qual permite que se perca um pouco para que todos ganhem algo em torno de suas habilitações.

Assim, nota-se que ante a ausência de previsão legal sobre a limitação, novamente a jurisprudência se mostra ferramenta fundamental para garantir a equidade dentre os credores da recuperação judicial.

5 MODIFICAÇÕES PROPOSTAS NO PL 6.229/05 PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Segundo a redação do Projeto de Lei 10.220/18, o qual foi declarado prejudicado em virtude do Projeto de Lei 6.229/05, as propostas apresentadas se fundamentavam em cinco princípios norteadores, quais sejam: i) a preservação da empresa; ii) o fomento ao crédito; iii) o incentivo à aplicação produtiva dos recursos econômicos, ao empreendedorismo e ao rápido recomeço; iv) a instituição de mecanismos legais que evitem um indesejável comportamento estratégico dos participantes da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência que redundem em prejuízo social; e v) a melhoria no arcabouço institucional.

Como bem se sabe, a economia brasileira se desenvolve lentamente ao passo que outros países já alcançaram um bom desenvolvimento econômico ante a criação de novos institutos e normas para regular de forma rápida e eficaz a atividade empresarial.

Com o intuito de atribuir à empresa em recuperação maior força para satisfazer o seu passivo e ainda manter suas atividades, é aplicado, em alguns casos, o *DIP Financing,* ou *Debtor In Possession Financing.*

O *DIP* consiste em um financiamento prestado ao devedor para que possa manter o funcionamento de sua empresa, efetuando o pagamento de funcionários, fornecedores e etc. enquanto o processo recuperacional está em fase de cumprimento do plano. Em contrapartida, a empresa que fornece o financiamento passaria à frente dos demais credores, por estar cooperando com a recuperação da empresa, o que tem sido objeto de muitas críticas.

Tal medida tem sido desaprovada pelos credores, pois perdem suas posições, sendo postergado o recebimento de seu crédito, motivo pelo qual o *DIP* é raramente aplicado e, se proposto, dificilmente é aprovado em assembleia geral de credores.

Todavia, como forma de possibilitar ao empresário a obtenção de recursos para viabilizar a recuperação da empresa, o PL 6.229/05 permite que o devedor celebre contratos de financiamento, visando financiar suas atividades de reestruturação. Caberá à assembleia geral de credores a deliberação sobre a proposta de financiamento, observando o quórum estabelecido pelo artigo 42 da LRJF/05. Aprovada a proposta mediante deliberação da assembleia geral de credores, o magistrado deverá autorizar a efetivação do financiamento.

O PL manteve a previsão do disposto no artigo 67 da atual Lei, o qual possibilita que o financiamento entregue ao devedor na recuperação judicial, em caso de convolação em falência, passe a ser classificado como crédito extraconcursal, isto é, passará a ter preferência sobre os credores concursais (art. 83). Todavia, não prevê a alteração na classificação dos créditos durante o período da recuperação.

Com o objetivo de aplicar os procedimentos à atualidade, haja vista a evolução tecnológica e a mudança no Código de Processo Civil, o Projeto traz também a possibilidade de divulgação e publicidade dos atos processuais via *internet*.

Em determinados casos, esse meio de publicidade já é bastante utilizado, uma vez que se comprova ser mais eficaz e econômico. Empresas que, assim como a empresa de telefonia Oi S.A., possuem um extenso rol de credores, aderiram ao método, criando *sites* próprios a fim de tornar público o andamento do processo recuperacional, além de dar informações sobre o procedimento em geral e oportunizar aos credores que entrem em contato de forma prática, caso existam dúvidas.

Vê-se ainda, casos em que, ao publicar o edital previsto no parágrafo 1º do artigo 7º, a empresa que possuía diversos credores decorrentes de relação consumerista enviou *e-mail* aos seus clientes, informando sobre a publicação do edital, prestando os devidos esclarecimentos e apontando as instruções necessárias para que esses credores habilitem seu crédito ainda administrativamente.

O PL 6.229/05 visa acrescentar ao artigo 22, inciso I, as alíneas “k” e “l”, determinando que deverá o administrador judicial ficar responsável pela publicação das informações referentes ao processo falimentar ou recuperacional. Veja-se:

> k) manter endereço eletrônico na rede mundial de computadores, com informações atualizadas sobre os processos de falência e de recuperação judicial, com a opção de consulta às peças principais do processo, salvo decisão judicial em sentido contrário;
> l) manter endereço eletrônico específico, para o recebimento de pedidos de habilitação ou a apresentação de divergências, ambos em âmbito administrativo, com modelos que poderão ser utilizados pelos credores, salvo decisão judicial em sentido contrário;

Ao prever essa alteração, o PL 6.229/05 visa tornar o processo recuperacional mais célere e eficaz. O Projeto também pretende alterar os prazos previstos na atual Lei, ante a modificação do entendimento jurisprudencial.

Atualmente grande parte magistrados designados para atuar nas varas especializadas empresariais, ao tratar dos prazos previstos na lei própria, se baseiam no julgado do REsp 1.699.528 (STJ, 2018, on-line), o qual determinou que:

> 6. A adoção da forma de contagem prevista no Novo Código de Processo Civil, em dias úteis, para o âmbito da Lei 11.101/05, com base na distinção entre prazos processuais e materiais, revelar-se-à árdua e complexa, não existindo entendimento teórico satisfatório, com critério seguro e científico para tais discriminações. Além disso, acabaria por trazer perplexidades ao regime especial, com riscos à harmonia sistêmica da LRF, notadamente quando se pensar na velocidade exigida para a prática de alguns atos e na morosidade de outros inclusive colocando em xeque a isonomia de seus participantes, haja vista a dualidade de tratamento.

Assim, tem-se que, pautado na lógica do sistema recuperacional, os prazos de direito material (*stay period* e apresentação do plano de recuperação) devem ser contados em dias corridos, a fim de evitar danos pelo retardamento do processo, enquanto que os prazos de direito processual (interposição de recurso) contam-se em dias corridos.

Fundamentando-se no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Projeto visa modificar a forma de contagem dos prazos, sendo que todos deverão ser computados em dias corridos, excetuados os prazos para interposição de recursos, os quais possuem previsão expressa no art. 219 do Código de Processo Civil.

Tal alteração é muito oportuna, a fim de manter um prazo razoável para a apresentação do plano e, simultaneamente, aplicar o entendimento adotado pelo STJ.

O Projeto de Lei 6.229/05 propõe também implementar ao instituto da recuperação judicial a composição amigável através da mediação, como modo alternativo de solução de conflitos, com o intuito de tornar o processo mais célere.

A fim de sustentar a aplicação da mediação, juristas defendem que não se trata de procedimento novo no âmbito das relações comerciais, uma vez que o procedimento de recuperação extrajudicial possui finalidade similar. Desta forma, se na recuperação judicial cabe à assembleia geral de credores a tomada de determinadas decisões, como, por exemplo, a aprovação do plano de recuperação judicial, e na recuperação extrajudicial o acordo coletivo, na mediação haverá a negociação individual.

No estado do Rio de Janeiro, onde tramita o processo recuperacional da empresa de telefonia Oi. S.A, visando dirimir de forma imediata as discussões acerca dos créditos decorrentes de relação consumerista por serem os maiores credores em número, tem-se realizado nas habilitações de créditos a mediação entre as partes, com intuito de pôr fim à celeuma, sem necessariamente se prolongar a habilitação dos créditos.

O inciso I do artigo 22 da Lei 11.101/2005 dispõe sobre a competência do administrador judicial na falência e na recuperação judicial. O PL 6.225/05 prevê a inclusão da alínea “j” ao referido dispositivo legal, a qual determina ser dever do auxiliar do juízo “promover, sempre que possível, a mediação de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros.”.

A maior discussão sobre a mediação gira em torno de que o magistrado não pode obrigar o credor a optar por esse modo alternativo de solução de conflito. Ainda que o magistrado não possa obrigar as partes a transacionarem, ao incluir o artigo 22-A, o PL 6.225/05 dispõe claramente que tal medida deve ser incentivada. Veja-se:

> Art. 20-A. A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

Como demonstrado, o PL 6.229/05 traz diversas mudanças significativas para o âmbito da recuperação judicial, contudo, talvez a que mais traga discussão entre os profissionais da área é a famigerada perícia prévia, que com o Projeto passa a ser chamada de “constatação prévia”.

Nas palavras do juiz Daniel Carnio Costa (2019, p. 17), magistrado fomentador do método:

> A perícia prévia consiste em uma constatação informal determinada pelo magistrado antes da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, com a finalidade de averiguar a regularidade da documentação técnica que acompanha a petição inicial, bem como as reais condições de funcionamento da empresa requerente, de modo a conferir ao magistrado condições mais adequadas para decidir sobre o deferimento ou não do início do processo de recuperação judicial.

Em que pese a atual Lei 11.105/05 seja clara ao consignar em seu artigo 52 que, estando em ordem os documentos exigidos no artigo anterior será deferido o processamento da recuperação judicial, o magistrado compreende que a constatação prévia em alguns casos se faz necessária, para garantir que a empresa, no momento do pedido, não somente preencha os requisitos previstos em lei, mas também possua condições reais de se recuperar, considerando sua situação fática, a fim de evitar que o judiciário trate a empresa como recuperável quando, na verdade, se trata de crise irreparável.

A justificativa dada pelo juiz Daniel C. Costa (2019, p. 18) é que, com o passar dos anos, chegavam ao judiciário muitos pedidos de recuperação, os quais eram deferidos e posteriormente o administrador judicial, ao realizar a análise dos documentos, constatava que a empresa já não cumpria sua função social e era irrecuperável. Assim, compreende que apesar de demonstrar ser apenas mais uma diligência que poderá tornar o processo recuperacional moroso, em muitos casos é necessária a aplicação desta medida como forma de prevenir que pedidos descabidos sejam deferidos.

Ademais, sustenta (2019, p. 18) que deverá ser aplicado ao artigo 52 a teoria hermenêutica da superação do dualismo pendular, a fim de que a interpretação da

letra da lei não seja feita em favor do credor ou do devedor, mas sim para a melhor aplicação do instituto da recuperação judicial, em benefício de todo o mercado.

Ainda, como respaldo para a realização desse método, argumenta o magistrado (2019, p. 19) que o artigo 189 da atual Lei determina a aplicação do Código de Processo Civil no que couber. Por sua vez, o Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 481, a possibilidade de que o magistrado, assistido por um perito, realize "inspeção judicial", examinando livros e documentos empresariais para auxiliar no esclarecimento de fatos relevantes à decisão da causa.

A implementação da Constatação Prévia está prevista no PL 6.225/05, determinando a inclusão do artigo 51-A com a seguinte redação:

> Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

Deve-se observar que o Projeto implementa a constatação prévia, mas a torna facultativa para que o magistrado decida se no caso concreto há necessidade de realizá-la.

De acordo com a modificação, ao determinar a realização da constatação, o juiz concederá ao perito o prazo máximo de 5 dias para a apresentação do laudo sobre as reais condições da empresa e a regularidade da documentação. Ainda, a decisão que ordenar a verificação deverá ser proferida sem ouvir as partes, a fim de que não sejam alteradas as condições da empresa, bem como não tome tempo útil ao possível processo recuperacional.

Por óbvio que ao realizar perícia, ainda que sem requerimento das partes, deverá ser o perito judicial devidamente remunerado. Para tanto, parte da alteração prevê que, diferentemente do rito normalmente aplicado, a remuneração do profissional será arbitrada após a apresentação do laudo, devendo ser considerada a complexidade para a realização do trabalho.

O PL 6.225/05 definiu parâmetros para a realização da constatação, visando evitar a subjetividade da verificação. Os critérios consistem na análise dos requisitos

exigidos pelos artigos 48 e 51 da atual Lei 11.101/05, além de verificar a capacidade da empresa em cumprir com o objetivo disposto no artigo 47.

Caso, após a realização dos trabalhos, o perito constate a ausência dos critérios acima mencionados, o juiz indeferirá de pronto o pedido de recuperação judicial.

Diversos profissionais da área, dentre doutrinadores e magistrados, opõem-se à aplicação da constatação prévia, argumentando que a atual Lei 11.101/05 já prevê a possibilidade de convolação da recuperação judicial em falência sendo, portanto, despicienda a realização de uma perícia prévia.

As modificações na recuperação judicial que poderão ser aplicadas à Lei 11.101/05 são muitas, contudo, o presente trabalho optou por abordar alguns dos temas mais debatidos.

6 MODIFICAÇÕES PROPOSTAS NO PL 6.229/05 NA FALÊNCIA

Dentre as alterações propostas para modernização da falência empresarial, quatro merecem destaque: i) incentivar a atuação pró-ativa do administrador judicial para maximizar os ativos da massa falida; ii) maior celeridade processual na ação falimentar; iii) regulação da falência transnacional; iv) facilitar a reabilitação do empresário falido.

No que concerne ao administrador judicial, figura muito importante no sucesso dos processos de recuperação e falência, alguns prazos deverão ser cumpridos de forma mais célere pelo auxiliar do juiz, sobretudo para rápida venda dos ativos arrecadados, a fim de que se possa maximizar os ativos em benefício dos credores da massa falida.

Outra preocupação do legislador no PL 6.229/05 é a redução de alguns prazos, formas e procedimentos na falência, a fim de que a celeridade processual seja efetivamente buscada, no interesse de todos os envolvidos no processo, sem desprezar a necessária segurança jurídica ao sistema, sobretudo de forma alinhada com os mais recentes entendimentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Igualmente importante é a inclusão do tratamento da falência transnacional, temática de suma importância para fomentar a atração de empresas multinacionais para atuação no país. Com isso, o PL está na mesma linha com as diretrizes oferecidas pela UNCITRAL, o que certamente trará mais segurança jurídica e atrairá investidores estrangeiros para o nosso mercado.

Contudo, talvez uma das mais significativas medidas para implementação no processo de falência seja a adoção de mecanismos para facilitação da reabilitação do empresário falido ao mercado, o que é conhecido como “fresh start”, assim conceituado por João de Oliveira Rodrigues Filho (2020, p. 141):

> O direito ao recomeço ou fresh start como é mais conhecido no meio jurídico, visa proporcionar ao empresário malsucedido, seja por escolhas equivocadas, seja por circunstâncias alheias à sua vontade decorrentes das vicissitudes inerentes ao ambiente de risco do mercado, uma possibilidade de retorno à atividade econômica, presumindo-se seu melhor preparo diante do aprendizado anterior.

É de fundamental importância alterar de forma definitiva a mentalidade do Decreto-lei 7.661/45, na qual o falido era tratado com a pecha de um empresário desonesto, sem qualquer chance efetiva para restabelecimento da atividade produtiva após esgotamento dos bens para pagamento dos credores.

O PL 6.229/05 busca corrigir esta distorção, reduzindo os prazos e o percentual de pagamento dos créditos, para que o falido possa buscar sua reabilitação, conforme se observa pela proposta do novo art. 158 da Lei 11.101/05:

> Art. 158. Extingue as obrigações do falido:
> I – [...].
> II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de vinte e cinco por cento dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;
> III – o decurso do prazo de três anos contados da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente e que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizados;
> IV – O encerramento da falência nos termos do arts. 114-A ou 156 desta Lei.

Some-se a isso o reposicionamento dos créditos quirografários na falência, por meio da incorporação de outros créditos que estavam à sua frente no art. 83 da Lei 11.101/2005, fazendo com que o falido possa chegar mais rapidamente na possibilidade de levantamento da falência, após obter o pagamento de 25% dos quirografários, uma vez liquidado seus ativos.

Enfim, são muitas alterações importantes e que certamente trarão um positivo impacto nas falências e recuperações empresariais se aprovado o PL 6.225/05.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo o aqui exposto, constata-se, em suma, que a economia nacional interfere diretamente na estabilidade empresarial, e, por consequência, indiretamente desafia o Judiciário, bem como os demais Poderes, para que encontrem métodos mais eficazes, a fim de manter a função social da empresa sem ferir os direitos dos credores, tendo em vista as lacunas existentes na legislação.

A identificação de lacunas para correção da aplicação do instituto da recuperação judicial de modo eficaz é fundamental, existindo consenso entre os profissionais da área de que se faz necessária a alteração legislativa através do Projeto de Lei 6.229 de 2005, o qual trará modificações significativas à Lei de Falências e Recuperação, especialmente com relação à recuperação judicial.

Não obstante a atual Lei seja relativamente recente, ainda está em processo de atualização, uma vez que a economia nacional progride lentamente em comparação aos demais países, tendo, ainda, maior probabilidade de sofrer com uma crise.

Examinando o cenário econômico brasileiro, o Projeto modifica de forma eficaz a reestruturação da empresa em crise, para que prossiga com sua função social, gerando empregos e tributos ao fisco, além de estimular a concorrência, gerando competitividade. Por certo, tais alterações não preenchem todas as lacunas presentes na Lei 11.101/2005, ainda assim, significam um caminho aberto para novas modificações.

Denota-se que, em que pese o assunto seja debatido atualmente, a área das recuperações judiciais e falências pede cada vez mais exposição, ante a constante necessidade de aprofundar os estudos, buscando novas soluções e mais profissionais capacitados para a área, além de preparar as empresas para eventuais adversidades, tendo em vista a evolução incessante do direito econômico.

Certamente a legislação não possui o intento único de resguardar os direitos dos credores ou preservar a atividade empresarial a todo custo, não devendo, portanto, existir parcialidade do legislador ou do judiciário. Entretanto, deve-se respeitar o bem maior, seguindo o disposto em lei e observando as peculiaridades do caso concreto para que, ao final, possa ser alcançada a reestruturação da empresa viável, garantindo segurança jurídica aos credores e investidores.

Assim, se por um lado é impossível o acompanhamento imediato do direito com relação às modificações econômicas e sociais do país, especialmente por conta do tempo transcorrido entre a apresentação de um Projeto de Lei e a sua aprovação, de outro lado é necessário o acompanhamento contínuo das situações fáticas para melhor aplicação do direito em conjunto com as ciências econômicas, criando, assim, normas necessárias e menos genéricas que cumpram a função legal e social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Lara Bonemer; RIBEIRO, Marcia Carla P. **Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**; tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2 ed. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.229/2005**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272. Acesso em: 15/03/2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.220/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927. Acesso em: 15/03/2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1397/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242664. Acesso em: 15/03/2020.

BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei 7.661/1945.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em 15/03/2020.

BRASIL. Planalto. **Lei 11.101/2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 15/03/2020.

COSTA, Daniel Carnio. **Prática de insolvência empresarial: decisões judiciais em recuperação de empresas e falências.** Curitiba: Juruá, 2019.
JACKSON, Thomas H. ***The Logic and Limits of bankruptcy law***. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986.

KLEIN, Vinicius; GRANDO, Guilherme. **Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **CNJ apresentará medidas para agilizar processos de recuperação judicial**. Disponível em: http://www.civel.mppr.mp.br/2019/06/61/CNJ-apresentara-medidas-para-agilizar-processos-de-recuperacao-judicial.html. Acesso em: 15/03/2020.

RODRIGUES FILHO, João de Oliveira. Impactos do PL 6.229/2005 no processo falimentar: uma breve análise dos institutos do *fresh start* e da alienação de ativos na falência. *In* **Analise de impacto legislativo na recuperação e na falência** / Organização Tiago Salles, Erika Siebler Branco; coordenação Luis Felipe Salomão, Flávio Galdino. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora J & C, 2020.

SACRAMONE, Marcelo B.; WAISBERG, Ivo; NUNES, Marcelo G.; CORRÊA, Fernando. **O processo de insolvência e o tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte em crise no Brasil**. Pensar. Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza. v. 25, n. 3, p. 1-14, jun./set. 2020.

SEBRAE. **Panorama das MPEs paulistas.** São Paulo: SEBRAE-SP, 2016. Disponível em: https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Anexos/book_pesquisa_sobre_mpes_paulistas_fe_2016.pdf. Acesso em: 15/03/2020.

SERASA *EXPERIAN***. Recuperações judiciais no Brasil avançam quase 10% no primeiro semestre, aponta Serasa *Experian***. Disponível em: https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/recuperacoes-judiciais-no-brasil-avancam-quase-10-no-primeiro-semestre-aponta-serasa-experian. Acesso em 26/10/2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.699.528. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 10/04/2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.649.774. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ: 12/02/2019.

TJSC. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 4014974-72.2016.8.24.0000. Segunda câmara de direito comercial. Relator Desembargador Robson Luz Varella. DJ: 31/10/2017.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 2057571-65.2018.8.26.0000. 2ª Câmara reservada de direito empresarial. Relator Desembargador Araldo Telles. DJ: 26/03/2019.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** São Paulo: Saraiva, 2010.

VIANNA, Guilherme Borba. CORRÊA, Felippe Abu-Jamra. Implicações práticas, econômicas e jurídicas da COVID-19 na atividade médica. *In:* BONATO, Gilson; BUZZI, Gabriela Cristine. **Intersecções entre direito, política e economia:** homenagem ao Professor Constantino Comnimos. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

DIREITO
FESP