

Filipe Ewerton Ribeiro Teles

Temas avançados  
de **Direito Público**

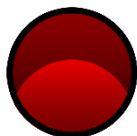
DEBATES PARA O SÉCULO XXI



Este livro foi projetado visando os debates mais atuais na doutrina e jurisprudência. Todo o conteúdo foi elaborado com esse propósito, proporcionado um estudo de qualidade e com foco nas exigências temáticas, amplamente debatidas no cenário brasileiro contemporâneo.



## **Temas avançados de Direito Público**



Série  
Ciências Jurídicas & Sociais

*Comitê Editorial*

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liane Tabarelli**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Andrea Bühring**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira**

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

**Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Thadeu Weber**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Fernanda Medeiros**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Leandro Cordioli**

ULBRA, Brasil

# **Temas avançados de Direito Público**

Debates para o século XXI

**Filipe Ewerton Ribeiro Teles**



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Ciências Jurídicas & Sociais – 100

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

TELES, Filipe Ewerton Ribeiro (Org.)

Temas avançados de Direito Público: debates para o Século XXI [recurso eletrônico] / Filipe Ewerton Ribeiro Teles (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

250 p.

ISBN - 978-65-5917-204-7

DOI - 10.22350/9786559172047

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito público; 2. Século XXI; 3. Coletânea; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

## **Apresentação** **11**

---

Filipe Ewerton Ribeiro Teles

## **Considerações iniciais** **12**

---

## **1** **16**

---

### **Teoria Geral dos Direitos Humanos Fundamentais**

1	Introdução.....	16
2	Conceitos.....	16
3	Aproximações e distanciamentos .....	21
3.1	Características.....	22
3.2	Dimensões de Direitos .....	26
4	Estrutura normativa dos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos.....	29
5	Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988 .....	32
6	Histórico dos Direitos Humanos Fundamentais.....	45
6.1	Magna Charta Libertatum de 1215 (Inglaterra).....	47
6.2	Petition of Rights de 1628 (Inglaterra) .....	48
6.3	Habeas Corpus Act de 1679 (Inglaterra).....	50
6.4	Bill of Rights de 1688 (Inglaterra) .....	51
7	Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 (Estados Unidos) .....	52
7.1	Constituição Americana de 1787 e Bill Of Rights de 1789 (Estados Unidos).....	54
7.2	Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França).....	56
7.3	Constituição Mexicana de 1917 (México), Declaração do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 (Rússia) e Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha) .....	59
8	Antecedentes da internacionalização dos Direitos Humanos.....	63
8.1	Direito Humanitário e Primeira Convenção de Genebra de 1864.....	64
8.2	Tratado de Versalhes de 1919 .....	65
8.3	Vertentes de proteção da pessoa humana.....	67
8.4	Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	70
8.5	Conferência de São Francisco e Fundação das Nações Unidas .....	72
8.6	Direitos da pessoa humana .....	74
8.7	Direito das minorias.....	75
9	Direito humanitário .....	76
9.1	Proteção no âmbito da Cruz Vermelha e o Direito de Genebra .....	77
9.2	Proteção no âmbito da ONU e o Direito de Nova York.....	82

10 Direito dos refugiados.....	83
10.1 Estatuto dos Refugiados.....	84
10.2 Alterações recentes no movimento de refugiados.....	86
Considerações finais.....	88
Referências.....	89

## 2

94

### Direito médico e ética médica

1 Os princípios da saúde .....	96
2 Relação entre direito e medicina.....	98
3 Responsabilidade civil.....	101
4 Bioética e biodireito.....	105
5 Dignidade humana.....	108
5.1 O Princípio da Dignidade Humana e a Autonomia do Paciente .....	110
5.2 Autonomia do Paciente – Aspectos Jurídicos e Éticos.....	114
5.3 Consentimento Informado .....	119
6 Ética médica e o código de ética médica .....	120
7 Código de processo ético-profissional.....	127
8 Documentos médicos.....	127
9 Contratualização e direito do trabalho.....	133
Referências.....	136

## 3

139

### O Sistema Previdenciário Nacional: organização e estrutura

1 Histórico Mundial.....	140
2 Histórico no Brasil.....	143
3 Organização e estrutura.....	146
4 O regime geral de previdência social: princípios e disposições gerais.....	148
5 Sujeitos da relação jurídica de previdência social: segurados e tomadores de serviços.....	151
6 Pressupostos das prestações no RGPS: qualidade de segurado, carência e evento determinante.....	161
7 Filiação x inscrição.....	164
8 Formas de financiamento e regimes financeiros.....	170
9 Contribuintes e contribuições previdenciárias: fato gerador, base de cálculo e alíquotas.....	173
9.1 Casos Especiais.....	179
10 Arrecadação e recolhimento.....	183
11 Prescrição e decadência.....	187
11.1 Prescrição x Decadência.....	187
Referências.....	188



**Legislação e gestão ambiental: aspectos fundamentais**

1 Introdução.....	191
2 Legislação ambiental .....	192
3 Conceito EPIA/RIMA .....	195
4 O código florestal.....	198
5 Acidentes ambientais e planos de contingência .....	200
6 Introdução à gestão ambiental .....	203
7 Processo de planejamento.....	205
8 Sistema de Gestão Ambiental .....	206
8.1 O que é a ISO 14000? .....	208
8.2 Aspectos Ambientais.....	209
8.3 Aspectos ambientais x Impactos ambientais.....	210
8.4 Auditoria ambiental.....	210
8.5 Avaliação de desempenho ambiental (ADA).....	211
8.6 Rotulagem Ambiental .....	211
8.7 Análise do Ciclo da Vida (ACV).....	214
9 Responsabilidade socioambiental .....	214
Referências.....	216

**Contratos administrativos, consórcios e convênios**

1 Introdução.....	221
2 Disciplina normativa .....	223
3 Regime jurídico.....	224
4 Prerrogativas .....	224
4.1 Características.....	225
5 Posição preponderante da administração.....	225
6 Cláusulas exorbitantes.....	226
7 Cláusula essencial: exigência de garantia .....	231
8 Equilíbrio econômico-financeiro .....	232
9 Exceção de contrato não cumprido.....	236
10 Convênios administrativos .....	237
11 Interesses divergentes e interesses convergentes .....	238
12 Consórcios .....	240
13 A Lei 13.303/2016 .....	243
Referências.....	248



## **Apresentação**

*Filipe Ewerton Ribeiro Teles*

Olá, caro leitor!

É um prazer tê-lo comigo! Saiba que sua escolha pela leitura desta obra é sinal de prestígio e consideração. Quero lhe parabenizar pela disposição ao aprendizado e autodesenvolvimento.

Este livro foi projetado visando os debates mais atuais na doutrina e jurisprudência. Todo o conteúdo foi elaborado com esse propósito, proporcionado um estudo de qualidade e com foco nas exigências temáticas, amplamente debatidas no cenário brasileiro contemporâneo.

Estude bastante e um grande abraço!

## **Considerações iniciais**

O primeiro capítulo analisa aspectos inerentes à teoria geral dos direitos humanos fundamentais. Parte do estudo da base dessa teoria geral, verificando conceito, características, estrutura normativa e modelos de proteção, confere especial atenção a aspectos que aproximam e distanciam os direitos humanos dos direitos fundamentais. Por conseguinte, estuda o histórico dos direitos humanos fundamentais, culminando, internacionalmente, na instituição da Organização das Nações Unidas; regionalmente, na criação da Organização dos Estados Americanos; nacionalmente, na emergência da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, volta atenção às vertentes de proteção da pessoa humana, notadamente: direito internacional dos direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados. O objetivo é propiciar ao leitor bases teóricas essenciais à construção do pensamento humanista. Serão lançadas as bases teóricas para a compreensão sobre como se construiu e se estruturou o sistema de proteção de direitos humanos, bem como para o entendimento de suas características e de seus fundamentos históricos e filosóficos.

O capítulo inicial aborda ainda a teoria geral dos direitos humanos fundamentais, no sentido de traçar proximidades e distinções entre os direitos humanos e os direitos fundamentais sob a mesma base teórica. Nesta seara, serão estudados os aspectos de conceito, características, estrutura normativa e modelos de proteção.

Serão estudadas as vertentes de proteção da pessoa humana, notadamente: direito internacional dos direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados. Nesse sentido, são levantados aspectos essenciais

das Convenções de Genebra e do Estatuto dos Refugiados, bem como voltado o olhar a conflitos recentes no campo de suas respectivas vertentes.

No segundo capítulo aprenderemos acerca do que é o direito médico, conceituando-o e compreendendo todos os ensinamentos que a relação direito e medicina nos propõe. O direito médico é uma área que se encontra em contínua expansão e serve para solucionar as demandas relacionadas à saúde. Aprenderemos, ainda, sobre o objetivo do direito médico, alguns direitos e deveres dos profissionais e das instituições de saúde. Através do direito médico interpretamos todas as implicações sociais e jurídicas provenientes da atividade médica e de suas descobertas, proporcionando maior segurança aos envolvidos nessa relação.

Daremos enfoque também à relação entre ética e moral e o direito médico, explicando que todas as profissões são controladas pelo Estado, que exige que os profissionais atuem com moral, sempre baseados em algum código de ética, instrumento que possibilita a fiscalização.

Além disso, ressaltaremos que esses códigos nos ensinam normas e regras de conduta, e os principais pontos que envolvem os direitos e deveres que os profissionais são obrigados a respeitar. No Brasil, podemos encontrar as normas da ética profissional no Código de Ética Médica determinado pelo Conselho Federal de Medicina. O Código de Ética Médica é composto de 26 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais.

Daremos destaque também aos princípios da saúde, que são os pilares para o exercício de uma profissão, bem como a relação entre direito e medicina, cuja integração busca assegurar a dignidade dos seres humanos, valorizando os direitos já reconhecidos. Contemplaremos a responsabilidade civil do médico e suas implicações na conduta médica e nas ações que o médico deverá ter para estar de acordo com o referido Código ou quais consequências poderá enfrentar.

Faremos uma breve iniciação à bioética e ao biodireito, ressaltando que a bioética visa solucionar questões que surgem com o avanço da biotecnologia, da genética e dos próprios valores e direitos humanos, cuidando sempre da conduta humana e das implicações que as áreas de conhecimento possuem em nosso dia a dia. Assim, conheceremos o direito médico na prática, de que forma a dignidade humana e a autonomia do paciente se aplicam na vivência médica e os aspectos jurídicos dessa autonomia. Ademais, aprenderemos acerca do instituto do consentimento informado, que deverá existir para que o paciente possa exercer tranquilamente sua vontade, podendo ser obtido de maneira verbal ou escrita.

Por fim, aprenderemos acerca dos deveres, da ética e do Código de Ética Médica, bem como do código de processo ético-profissional e de que forma influenciam essa atividade, além dos documentos médicos e suas especificações, para que sejam considerados válidos, e acerca do instituto da contratualização e dos direitos do médico na relação trabalhista.

No terceiro capítulo, a análise é sobre o tema do custeio da seguridade social. Foram enfocados determinados aspectos, especificamente: a) o Regime Geral da Previdência Social; b) seus princípios e direções gerais; c) a relação jurídica previdenciária e d) seu financiamento. Trata-se de um conteúdo que adota postura participativa do(a) leitor(a), a partir de uma metodologia dialogada, desenvolvida não apenas pelo método expositivo, mas também prático, com a análise de questões, casos concretos, comparilhamento de experiências práticas e exposição do tema na mídia. Objetiva-se não apenas que o(a) leitor(a) apreenda o conteúdo, mas também que tenha disponibilidade dele, o que consiste na capacidade de aplicação prática do que foi estudado.

O Direito Previdenciário consiste em disciplina viva, em constante mutação e extremamente em voga, sobretudo recentemente, após a reforma da Previdência. Atualmente, o elemento custeio do Regime Geral de

Previdência Social se transforma em ponto nodal em uma visão multidisciplinar que envolve direito, políticas públicas e economia. É a partir dessa perspectiva atualizada, prática e múltipla que o Direito Previdenciário deve ser estudado para que o leitor tenha disponibilidade do conteúdo de forma completa.

O quarto capítulo trata das normativas e leis ambientais, a exemplo do código florestal e suas mudanças no novo modelo, bem como o conceito de EPIA/RIMA. A Gestão Ambiental também será comentada, bem como os processos que a regem para um bom funcionamento, atrelada à ideia de responsabilidade ambiental, que buscará trazer a consciência de um cuidado coletivo visto que, como na Lei 6.938 de 1981, o meio ambiente é um bem público e deve ser protegido por todos. Em síntese, questões que versam sobre o meio ambiente e tudo o que o compõe, na busca pela sua proteção.

A importância da temática ambiental impacta diretamente nas relações de trabalho, por serem as formas mais ativas de vivência em sociedade. A partir do trabalho, são envolvidas as comunidades e sociedades, portanto, buscar novas formas e aplicar métodos eficazes no cuidado coletivo é de extrema importância em um espaço extremamente diversificado e de grande impacto mundial como o mercado de trabalho.

O quinto e último capítulo analisa assuntos de Direito Administrativo. Especificamente, foram enfocados os Contratos Administrativos, os Convênios e Consórcios Públicos. Veremos que este estudo é bastante denso, há muitas leis e, mais uma vez, divergências doutrinárias. A matéria está em constante atualização, tendo em vista as necessidades sociais, cada vez mais complexas e que requerem maior urgência e eficiência. Afinal, buscamos soluções mais ágeis e menos burocráticas aos anseios da sociedade.

# **Teoria Geral dos Direitos Humanos Fundamentais**

## **1 Introdução**

A teoria geral dos direitos humanos fundamentais envolve o estudo dos principais aspectos de teoria e fundamentação desses direitos, compreendendo elementos básicos como conceito, finalidade, características, composição e estrutura normativa. Envolve, também, a verificação do processo histórico em que emergiram esses direitos que, por demandar atenção especial, será feita em um capítulo próprio.

Direitos humanos e direitos fundamentais possuem proximidade clara no que se refere à finalidade que possuem: proteger a pessoa humana em todos os aspectos relacionados à sua dignidade. Por isso mesmo, existem diversos pontos comuns em relação às suas histórias e às suas características. Em atenção a esses pontos comuns, opta-se por introduzir não apenas com uma teoria geral dos direitos humanos, mas com uma teoria geral dos direitos humanos fundamentais.

## **2 Conceitos**

No primeiro impulso, se chamados a definir o que são os direitos humanos fundamentais, diríamos que são os que compõem a base dos direitos garantidos a cada indivíduo, de modo a protegê-lo nos aspectos essenciais da condição humana. Tal impulso se justifica, exteriorizando uma percepção geral de que o ser humano é especial e, por isso, merece proteção.

Como fixa o artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ser humano é dotado de razão e consciência. Estes dois elementos o



diferenciam de todas as criaturas vivas e de todas as coisas. O caráter distintivo da condição humana impõe obrigações de cunho moral e ético – as quais são transpassadas para os sistemas jurídicos – e também gera direitos exclusivos inerentes a essa condição.

A incorporação de aspectos relacionados à ética e à moral no discurso de proteção da pessoa humana tarda no tempo. É a partir do período axial (800 a.C. a 200 a.C.), ou seja, mesmo antes da existência de Cristo, que o ser humano passou a ser considerado, em sua igualdade essencial, como um ser dotado de liberdade e razão. Surgiam assim os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Foi durante esse período que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Contudo, foram necessários vinte e cinco séculos para que a Organização das Nações Unidas – ONU, que pode ser considerada a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra, proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (COMPARATO, 2004).

Séculos se passaram sem que os direitos inatos à condição humana recebessem proteção jurídica expressa, mas isso não significa que eles não existiam antes disso. A doutrina dos direitos humanos fundamentais se filia à noção de que direitos humanos são inerentes à condição humana e não dependem de expresse reconhecimento para serem considerados existentes. Eis a denominada perspectiva jusnaturalista, para a qual os direitos humanos fundamentais são direitos naturais, que dependem apenas da condição humana para existirem.

O direito natural, na sua formulação clássica, não é um conjunto de normas paralelas e semelhantes às do direito positivo ou normatizado, e sim o fundamento desse, sendo formado por normas que o justificam, por

exemplo: “deve-se fazer o bem”, “dar a cada um o que lhe é devido”, “a vida social deve ser conservada”, “os contratos devem ser observados” etc. (MONTORO, 2005). Nesse viés, direitos naturais são aqueles que preservam cada indivíduo de arbitrariedades que partam do Estado ou de outras pessoas e, assim, permitem o convívio social harmônico, posto que todo indivíduo deve ter iguais direitos e obrigações, uma vez que a condição humana é una.

Basicamente, a condição humana confere a cada indivíduo um atributo especial, o qual pode se denominar dignidade da pessoa humana. Esse atributo especial justifica todo o sistema de proteção desses direitos, cada um deles compondo um pilar fundamental deste grande alicerce que é a dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é o valor-base de interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que possa se considerar compatível com os valores éticos, notadamente da moral, da justiça e da democracia. Pensar em dignidade da pessoa humana significa, acima de tudo, colocar a pessoa humana como centro e norte para qualquer processo jurídico de interpretação, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação (OLIVEIRA, 2018).

Delimita-se, assim, um conceito material de direitos humanos fundamentais: são aqueles que materialmente reconhecem a peculiaridade da condição humana e a partir desse reconhecimento fixam um rol de direitos básicos ou basilares que devem ser respeitados para a proteção dessa condição, a qual é inata a dignidade da pessoa humana.

Contudo, há que se afirmar que a concepção de que a humanidade tem uma posição especial na escala de direitos e deveres para com os demais seres impulsionou o reconhecimento daqueles fundamentos antes meramente filosóficos como verdadeiros alicerces jurídicos dos sistemas de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Por isso, não é apenas materialmente que tais direitos podem ser conceituados. Se existe algo que a história mostrou é que a proteção jurídica plena apenas existe quando direitos são reconhecidos e são criados para eles mecanismos de salvaguarda. Para isso, é preciso estruturar sistemas de proteção. Noutras palavras, num conceito formal, direitos humanos fundamentais são aqueles reconhecidos materialmente e protegidos por mecanismos específicos em sistemas jurídicos de proteção regularmente instituídos.

Com o fortalecimento desses sistemas, é natural que, na atualidade, uma das noções que vem à mente quando se fala em direitos humanos e fundamentais é a dos documentos internacionais que os consagram, aliados ao processo de transposição para as Constituições Federais dos países democráticos. É comum, mesmo aos leigos, que à palavra direitos humanos se associe a Organização das Nações Unidas – ONU e à palavra direitos fundamentais se relacione o texto da Constituição Federal de 1988, especialmente de seu artigo 5º.

A questão dos sistemas jurídicos de proteção será estudada oportunamente ao final deste capítulo e ao longo do curso, mas vale desde logo fixar alguns aspectos básicos: os direitos humanos encontram proteção num sistema complementar, tendo por ponto de partida o sistema internacional centralizado na Organização das Nações Unidas – ONU e complementando-se, regionalmente, pelas organizações regionais (nas Américas, este papel é da Organização dos Estados Americanos – OEA), e nacionalmente, por cada Estado que faz parte dele, na forma de direitos fundamentais e de outras normativas especiais de proteção; ao passo que os direitos fundamentais se concentram no âmbito nacional, estruturando-se no topo do sistema jurídico de cada país democrático, geralmente dentro da Constituição (no Brasil, do artigo 5º ao 17º se elencam os direitos fundamentais).

O importante é atentar-se para o fato de que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais amparam-se em sistemas de proteção, os quais não apenas declaram tais direitos como também criam mecanismos para que sejam protegidos. Em razão disso, não pode se desprezar o elemento formal por traz da construção dos direitos humanos fundamentais, pois sem o sistema que os expresse e os proteja não é possível que eles sejam efetivamente aplicados.

Esses sistemas de proteção existem porque os Estados assumiram o compromisso de proteção do povo, o que envolve não apenas a criação de sistemas internos de proteção, mas também a atuação diplomática em prol da defesa desses interesses, mesmo que isso signifique que abrir mão, em partes, da soberania estatal.

Colaciona-se, sob o foco do conceito formal de direitos humanos fundamentais, uma perspectiva contratualista, visto que contratualmente os Estados vinculam-se na esfera internacional perante organizações internacionais e assumem o compromisso de proteger a pessoa humana e preservar a paz; e também é contratualmente que se assume o compromisso para com o povo de um Estado no sentido de protegê-lo, conforme a clássica teoria do contrato social (ROUSSEAU, 1997).

Em suma, devido ao aspecto da historicidade e da forte influência pelas premissas do direito natural e do cristianismo, o conteúdo dos direitos humanos possui caráter jusnaturalista. Contudo, os direitos humanos não são pura e simplesmente jusnaturalistas. Afinal, criou-se um sistema voltado à proteção e ao reconhecimento destes direitos, de caráter contratual entre os Estados-membros das organizações internacionais e regionais, o que denota também um caráter contratual ao sistema de proteção dos direitos humanos.

Pode-se afirmar, assim, que um conceito de direitos humanos não pode ser fixado em termos rigorosos do jusnaturalismo ou do

contratualismo: direitos humanos se fixam em duplo estandarte. A noção contemporânea de direitos humanos nos leva a primar pelo exposto reconhecimento em documentos internacionais, mas a origem teórica de formação exige que se considere a intensa relação entre os direitos humanos e o direito natural.

Como consequência desta dupla influência, um conceito preliminar de direitos humanos pode ser estabelecido: direitos humanos são aqueles inerentes ao homem enquanto condição para sua dignidade, e que usualmente são descritos em documentos internacionais para que sejam mais seguramente garantidos (OLIVEIRA, 2018).

Desse conceito, depreende-se que os direitos humanos fundamentais são aqueles inatos ao homem como decorrência do atributo da dignidade da pessoa humana, os quais, para serem protegidos e respeitados de forma efetiva, assumem a forma de normas jurídicas, internacionais, regionais ou nacionais (no caso dos direitos humanos, devido ao caráter complementar de seu sistema de proteção) ou exclusivamente nacionais (no caso dos direitos fundamentais, essencialmente na posição de normas fundamentais no topo do ordenamento jurídico pátrio).

### **3 Aproximações e distanciamentos**

Direitos humanos e direitos fundamentais possuem a mesma finalidade, qual seja, a proteção da dignidade da pessoa humana em todos os aspectos essenciais. Por isso, em termos materiais, esses direitos se aproximam. Além disso, ambos buscam conferir base a um sistema de proteção de direitos.

Por outro lado, se distanciam pelo fato de que os direitos humanos se consolidam no plano internacional e, como tais, necessitam de baixíssima densidade normativa para poderem valer para todos os Estados-membros da organização; ao passo que os direitos fundamentais consolidam-se no

plano interno e, diante das possibilidades de adaptação a um contexto cultural e econômico mais homogêneo, aceitam maior especificidade de suas normas, isto é, menor densidade normativa.

### 3.1 Características

Os direitos humanos fundamentais possuem muitas características principais coincidentes:

- 1) **Historicidade:** esses direitos possuem antecedentes históricos relevantes e, através dos tempos, adquirem novas perspectivas. Ainda que o constituinte, no que tange aos direitos fundamentais, eleja um desses róis num momento determinado, para que esse rol existisse teria que haver um processo de construção histórica de direitos. Ex.: habeas corpus aparece pela primeira vez em 1215 na Carta Magna do rei João Sem-Terra (Inglaterra).
- 2) **Universalidade:** os direitos humanos devem ser assegurados a todas pessoas em qualquer lugar em que se encontrem. Com efeito, embora os direitos fundamentais possuam âmbito nacional, não sendo assim propriamente universais, é por decorrência da universalidade que os direitos fundamentais devem ser estendidos aos estrangeiros, mesmo não residentes no país, exceto no que tange àqueles que exijam uma condição especial (ex.: ação popular – exige que a pessoa seja cidadã do país, ou seja, nacional com direitos políticos).
- 3) **Inalienabilidade:** esses direitos não possuem conteúdo econômico-patrimonial, o que significa que são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis e que estão fora do comércio. Por exemplo, uma pessoa não pode vender a si mesma para outrem, ou vender uma parte de seu corpo essencial para sua sobrevivência (em alguns países, a venda de fluídos renováveis, como sangue e sêmen, é aceita, mas em hipótese alguma uma pessoa poderá vender um órgão).
- 4) **Irrenunciabilidade:** esses direitos não podem ser renunciados pelo seu titular devido ao caráter fundamental material inerente a eles, ou seja, a renúncia de qualquer desses direitos implica numa renúncia à própria dignidade da pessoa humana e não pode ser juridicamente permitida.

O “caso do arremesso de anões” se sagrou como marco da construção teórica da irrenunciabilidade dos direitos humanos fundamentais. Se passou na França na década de 1990 e, posteriormente, foi discutido na Comissão sobre os Direitos Humanos da ONU. Nele, o anão Manuel Wackenheim questionou uma legislação que impedia a prática do arremesso de anões, argumentando que violava seu direito de liberdade a proibição de que ele se valesse de sua condição física para tal atividade, atuando como objeto arremessado. Na Corte constitucional francesa e na Comissão da ONU a decisão foi a mesma:

Manuel estaria renunciando à sua própria dignidade ao se submeter a tal prática, que o tratava como coisa e não como pessoa, e o Estado poderia intervir na liberdade individual proibindo situações em que isso ocorra, mesmo contra a vontade da pessoa, porque os direitos humanos são irrenunciáveis.

- 5) Inviolabilidade: esses direitos não podem deixar de ser observados por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas. Cabe ao Estado preservar os direitos humanos fundamentais e não atentar contra eles – esse dever se estende aos indivíduos no convívio social. Claro, violações acontecem, porque a inviolabilidade não blinda tais direitos a ponto de impedir que condutas humanas atentem contra eles. Contudo, tais violações não são juridicamente permitidas e devem gerar punições aos envolvidos, sejam agentes estatais ou não.
- 6) Indivisibilidade: esses direitos compõem um único conjunto de direitos porque não podem ser analisados de maneira isolada, separada. Cada direito humano fundamental é igualmente importante e é parte essencial para a preservação da dignidade da pessoa humana. A retirada de um direito, afeta a condição humana por completo.
- 7) Imprescritibilidade: esses direitos não se perdem com o decurso do tempo, não prescrevem. Logo, são sempre exercíveis e exercidos, não deixando de existir pela falta de uso. Isso não significa que prestações materiais que decorram de direitos humanos fundamentais não possam prescrever, o que não prescreve é o direito em si (por exemplo, se uma pessoa maior de idade não cobrar alimentos vencidos em dois anos, não pode mais fazê-lo, mas isso não significa que o direito de

- sustento seja afetado; se uma pessoa tem direito a receber um valor em decorrência de direitos autorais e não o cobra em tempo, não poderá mais cobrar, mas não perde o direito à propriedade intelectual em relação àquela obra e à obras futuras).
- 8) Interdependência: as dimensões de direitos apresentam uma relação orgânica entre si, logo, a dignidade da pessoa humana deve ser buscada por meio da implementação mais eficaz e uniforme das liberdades clássicas, dos direitos sociais, econômicos e de solidariedade como um todo único e indissolúvel. Toda divisão entre direitos conforme categorias, seja nas normas de direitos humanos, seja nas normas de direitos fundamentais, se justifica para fins didáticos e para respeitar as peculiaridades inerentes à aplicabilidade prática dos direitos, mas não é fundamento para reconhecer qualquer tipo de hierarquia entre uma categoria e outra. Por exemplo, direitos individuais não são mais importantes que direitos sociais; direitos civis e políticos não são hierarquicamente superiores a direitos econômicos, sociais e culturais ou a direitos difusos e coletivos.
- 9) Efetividade: não basta o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, é preciso assegurar a implementação plena na prática. Para dar efetividade aos direitos humanos a ONU se subdivide, isto é, o tratamento é global, mas certas áreas irão cuidar de determinados direitos de suas regiões. Além disso, há uma descentralização para os sistemas regionais para preservar a complementaridade, sem a qual não há efetividade. Do mesmo modo, em busca da efetividade, ficou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no art. 5º, §1º da Constituição Federal.
- 10) Mobilidade/Dinamismo: esses direitos são passíveis de modificações, uma vez que passam por constantes processos evolutivos. Nesse sentido, existem discussões sobre novas dimensões de direitos, como a inerente à bioética e ao direito eletrônico, o que implica dizer que modificações no rol de direitos humanos fundamentais podem ocorrer, logo, também são inexauríveis.
- 11) Relatividade: por um aspecto, o multiculturalismo (existência de diversas culturas, algumas das quais defendem pautas que vão contra ideias de direitos iguais para todas pessoas) impede que a universalidade se consolide plenamente (ex.: países do Oriente Médio que não garantem às mulheres igualdade de direitos no casamento, na educação e no trabalho), o que se leva à afirmação de que há relatividade com relação à perspectiva universal dos direitos humanos para que o próprio sistema se mantenha; por outro aspecto, os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um escudo para práticas ilícitas ou como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade por atos ilícitos,



não são ilimitados e encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados como humanos, logo, se para cada direito corresponde um dever e um limite (o direito do outro), então nenhum direito é absoluto.

No Pós-positivismo consolida-se uma nova hermenêutica constitucional, conferindo maior liberdade ao intérprete, que passa a ter o dever de considerar na aplicação do Direito que a Constituição e seus princípios ocupam o centro do sistema jurídico, o que é feito por um raciocínio de ponderação que tem por perspectiva os fundamentos da proporcionalidade e da razoabilidade.

A necessidade de ponderação entre direitos fundamentais é uma decorrência da relatividade desses direitos, uma vez que, no caso de conflitos entre princípios não é possível a resolução por critérios absolutos de exclusão da norma inválida. Se existe colisão entre direitos fundamentais, nenhum irá predominar em absoluto sobre o outro – existe um ponto de contato onde termina o direito de uma pessoa e começa o de outra. Ex.: direito à liberdade de expressão x direito à honra – existe um limite em relação ao que uma pessoa pode falar, porque se o objeto de sua fala for outra pessoa direitos dela deverão ser preservados.

Pela ponderação de valores ou ponderação de interesses se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, com base na razoabilidade e na preservação dos núcleos mínimos do valor que seja cedido. A ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos,

conquistou amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais. Essa nova perspectiva do Direito permitiu não só a melhor compreensão dos princípios materiais garantidos, mas também o desenvolvimento de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional, como a razoabilidade e a proporcionalidade,

transformando o Direito em um sistema aberto de valores e a Constituição no diploma jurídico que visa realizá-los (BARROSO, 2009).

### **3.2 Dimensões de Direitos**

Um dos pontos essenciais no campo da teoria geral dos direitos humanos fundamentais é a teoria das gerações ou dimensões de direitos, que foi idealizada por Karel Vasak, no ano de 1979, quando ministrava uma palestra em Estrasburgo sobre a perpetuação dos direitos fundamentais.

O autor toma o lema da Revolução Francesa – “Liberdade, igualdade e fraternidade” – para, a partir dele, explicar que determinados acontecimentos históricos implicaram na emergência sequencial de categorias de direitos humanos fundamentais, razão pela qual utiliza a nomenclatura geração, conferindo a ideia de que, nas diferentes eras que se sucederam no tempo, surgiram diferentes categorias jurídicas como objeto de proteção dos direitos humanos.

A primeira geração de direitos foi a dos direitos de liberdade, referente aos direitos civis, que tendem a limitar o poder estatal e reservar parcela dele para o indivíduo (liberdade em relação ao Estado), e aos direitos políticos, relativos às liberdades positivas no sentido de garantir uma participação cada vez mais ampla dos indivíduos no poder político (liberdade no Estado). Os dois movimentos que levaram à afirmação dos direitos de primeira dimensão, que são os direitos civis e direitos políticos, foram a Revolução Americana, que culminou na Declaração de Virgínia (1776), e a Revolução Francesa, cujo documento essencial foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) (BOBBIO, 2004).

Nesse ponto, é interessante observar que embora o autor tome para si o lema da Revolução Francesa não reconhece que esse foi o verdadeiro propósito do movimento. Para Karel Vasak, a Revolução Francesa tinha por objetivo apenas os direitos de liberdade, sendo um movimento

essencialmente classista (impulsionado pelos *sans culottes*) e que demandava a não intervenção do Estado na vida dos indivíduos, garantindo a eles liberdade econômica, religiosa e política. Daí dizer que à primeira geração correspondem às chamadas liberdades negativas.

Foi, mais tarde, que surgiu a segunda geração de direitos, referente à igualdade, em que foram proclamados os direitos sociais, expressando o amadurecimento das novas exigências como as de bem-estar e igualdade material (liberdade por meio do Estado – liberdades positivas). Historicamente, foi durante a Revolução Industrial (últimas décadas do século XVII e primeiras do século XVIII) e a partir da ascensão do movimento classista, que organizou-se e fez despontar as primeiras greves, que tomaram proporção os direitos de segunda dimensão, refletindo a busca do trabalhador por condições dignas de trabalho, remuneração adequada, assistência social em caso de invalidez ou velhice, garantindo o amparo estatal à parte mais fraca da sociedade (BOBBIO, 2004).

Tais direitos evoluíram e passaram a incorporar outros direitos, para além dos sociais, como educação, saúde, lazer, cultura e segurança social. Com a primeira e a segunda geração de direitos tinha-se um vasto arcabouço dos direitos atribuídos ao indivíduo enquanto pessoa humana. Entretanto, eventos históricos levaram ao reconhecimento da existência de direitos que transcendem a existência do indivíduo, obrigando-o ao agir conforme a fraternidade. Assim, emergiram os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria heterogênea e vaga que se concentra na reivindicação de direitos difusos e coletivos.

O primeiro deles seria o direito à paz, considerando que foram os acontecimentos históricos das duas Guerras Mundiais que impulsionaram a discussão sobre a necessidade de proteção geral da paz enquanto direito de todos, fundando-se em 1945 a Organização das Nações Unidas – ONU. Posteriormente, surgem discussões sobre outros direitos difusos e

coletivos, ganhando destaque a que se refere ao direito de viver num ambiente sem poluição.

Conforme as chamadas dimensões dos direitos humanos evoluíram, os bens jurídicos fundamentais adquiriram novas vertentes, saindo de uma noção individualista e chegando a uma coletiva, de modo que a própria finalidade dos direitos humanos adquiriu nova compreensão, deixando de se preservar apenas o indivíduo e passando a envolver a manutenção da sociedade sustentável.

Assim, formou-se a teoria das gerações de direitos humanos fundamentais, que se pacificou na doutrina, afirmando, em síntese, três gerações: 1a) direitos civis e políticos (LIBERDADE); 2a) direitos sociais, econômicos e culturais (IGUALDADE MATERIAL); 3a) direitos difusos e coletivos (FRATERNIDADE).

Bobbio se tornou um dos principais responsáveis por repercutir essa teoria, coadunando com as três clássicas gerações afirmadas por Vasak, mas argumentando que mais adequado seria chamá-las de dimensões, uma vez que a expressão geração daria a ideia de exclusão de uma categoria anterior pela categoria posterior, ao passo que a nomenclatura “dimensão” permite a percepção da ideia de acréscimo de uma categoria de direitos à outra. No mais, a doutrina passou a discutir sobre possíveis novas dimensões de direitos humanos que teriam surgido após a clássica tríade, mas nunca chegou a uma conclusão uníssona sobre o assunto.

Para Bobbio – e para a maioria dos autores da doutrina – os chamados direitos de quarta dimensão se referem aos efeitos traumáticos da evolução da pesquisa biológica, que permitirá a manipulação do patrimônio genético do indivíduo de modo cada vez mais intenso; enquanto que Bonavides defende que são de quarta dimensão os direitos inerentes à globalização política. Bonavides também diverge ao falar de uma quinta dimensão composta pelo direito à paz, o qual foi colocado por Vasak na

terceira dimensão. Autores do direito eletrônico como Peck e Olivo entendem que ele seria a quinta dimensão dos direitos humanos, envolvendo o direito de acesso e convivência num ambiente salutar no ciberespaço.

Em resumo, as dimensões de direitos humanos se referem às mudanças de paradigmas quanto aos bens jurídicos que deveriam ser considerados fundamentais ao homem. Embora todo direito humano seja imutável, isso não significa que o processo interpretativo não possa evoluir e, com isso, se reconhecer que um novo aspecto da dignidade humana mereça ampla proteção.

Embora a teoria das gerações de direitos seja popular no campo dos direitos humanos, também é possível detectar nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal a presença de todas as três:

- LIBERDADE – Direitos civis e políticos = direitos individuais (artigo 5º), nacionalidade (artigos 12 e 13), direitos políticos (artigos 14 a 16).
- IGUALDADE – Direitos econômicos, sociais e culturais = direitos sociais (artigos 6º a 8º) e ordem social (título VIII).
- FRATERNIDADE – Direitos difusos e coletivos = direitos coletivos (artigo 5º) e meio ambiente (artigo 225, inserido no título VIII).

#### **4 Estrutura normativa dos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos**

A formação de uma estrutura normativa de direitos humanos pode ser remontada ao processo de internacionalização desses direitos, que é relativamente recente, contextualizando-se no pós-guerra enquanto resposta às atrocidades e aos terrores cometidos durante o nazismo, notadamente diante da lógica de destruição e da descartabilidade da pessoa humana que gerou o extermínio de 11 milhões de pessoas. Se a Segunda Guerra Mundial foi uma ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra foi o marco para o reencontro com eles, consolidando-se o sistema

internacional dos direitos com a fundação da Organização das Nações Unidas – ONU (PIOVESAN, 2021).

O sistema global de proteção estabelece-se notadamente no âmbito da Organização das Nações Unidas, primeira e mais importante organização internacional no processo de internacionalização dos direitos humanos. Ela foi criada em 1945 para manter a paz e a segurança internacionais, bem como promover relações de amizade entre as nações, cooperação internacional e respeito aos direitos humanos. Ao lado da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Carta das Nações Unidas de 1945 é considerada um dos principais marcos à concepção contemporânea de direitos humanos.

No entanto, muitos outros documentos compõem a estrutura normativa de proteção dos direitos humanos no âmbito global. Em destaque: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; Estatuto de Roma de 1998; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979; Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1975; Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984; Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006; Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos de 1955 etc. São inúmeros os documentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, algum de caráter genérico, outros de caráter específico.

Por seu turno, uma das características do sistema de proteção dos direitos humanos é a sua complementaridade. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas – ONU figura como órgão centralizador das políticas de direitos humanos, com abrangência internacional, mas ela não

assegura para si a exclusividade de afirmar e proteger esses direitos, pelo contrário, incentiva que surjam outros sistemas de proteção, adaptados regionalmente, sem prejuízo dos sistemas nacionais.

Além disso, a complementariedade tende à ampliação da efetividade do sistema, uma vez que os sistemas regionais se descentralizam da ONU para atender ao propósito de considerar os diferentes elementos de base cultural, religiosa e social das diversas regiões. Da mesma forma, no âmbito nacional, é possível observar as peculiaridades do país, econômicas, culturais, internas, regionais, etc.

O sistema de proteção dos direitos humanos é complementar, dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos, não se concentrando numa única esfera. Junto ao sistema normativo global existem os sistemas normativos regionais de proteção, internacionalizando direitos humanos no plano regional, notadamente Europa (Conselho da Europa e União Europeia), América (Organização dos Estados Americanos – OEA) e África (União Africana), cada qual com aparato jurídico próprio.

Os sistemas de proteção regionais mais consistentes são o interamericano e o europeu. O africano também, aos poucos, toma novos rumos, enquanto que o islamo-arábico permanece na total inefetividade. O Brasil faz parte do sistema interamericano de proteção de direitos humanos.

A Carta da Organização dos Estados Americanos, que criou a Organização dos Estados Americanos, foi celebrada na IX Conferência Internacional Americana de 30 de abril de 1948, em Bogotá e entrou em vigência no dia 13 de dezembro de 1951, sendo reformada pelos protocolos de Buenos Aires (27 de fevereiro de 1967), de Cartagena das Índias (5 de dezembro de 1985), de Washington (14 de dezembro de 1992) e de Manágua (10 de junho de 1993). Após a criação da OEA, foi elaborado o mais importante documento de proteção de direitos humanos no âmbito

interamericano, o Pacto de San José da Costa Rica, também chamado de Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

Destacam-se, ainda, documentos regionais interamericanos voltados à proteção de determinados direitos humanos: Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher de 1994; Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência de 1999; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985 etc.20

Esses sistemas regionais coexistem de forma complementar, junto com o próprio sistema nacional de proteção, de caráter interno. O sistema interno de proteção dos direitos humanos se forma com a institucionalização destes direitos no texto das Constituições democráticas, bem como com a incorporação no âmbito interno dos tratados internacionais dos quais o país seja signatário, mediante o devido processo legal.

Dentro de cada um destes sistemas de proteção convivem dois subsistemas, o geral e o especial, que também funcionam complementarmente. O sistema especial realça o processo de especificação do sujeito de Direito, passando ele a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex.: criança, grupos vulneráveis, mulher, pessoa com deficiência); ao passo que o sistema geral é endereçado a toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade (nele estão os documentos que protegem todas pessoas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos).

## **5 Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988**

Uma das formas pelas quais os direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico é por meio da institucionalização desses no formato de direitos e garantias fundamentais. Em suma, existe um processo de influência dos documentos internacionais em relação ao conteúdo de



direitos e garantias fundamentais. É por isso que quando lemos a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 percebemos tantos pontos de contato com a Constituição Federal de 1988.

Quando se dá a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais verifica-se uma transformação das normas de direitos humanos em normas de direitos fundamentais, que implica num caráter de maior especificidade. Afinal, embora tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais sejam normas amplas e de baixa densidade normativa, é preciso observar que nas normas de direitos fundamentais há um detalhamento do conteúdo das normas de direitos humanos, adaptando as últimas ao contexto local.

Nesse diapasão, a Constituição brasileira está arraigada no ideário dos direitos humanos, o que demonstra que o Brasil é um país muito receptivo ao processo de internacionalização de tais direitos, sendo signatário da grande maioria dos tratados de direitos humanos relevantes.

A partir da Constituição Federal são elaboradas outras normas infra-constitucionais que instrumentalizam e conferem aparato aos direitos e garantias fundamentais ali afirmados. Nesse sentido, forma-se o denominado sistema nacional de proteção de direitos humanos. Entretanto, é preciso ir além e observar que não é apenas por meio dos direitos e garantias fundamentais e das leis que os especificam que a questão dos direitos humanos é tratada na Constituição Federal de 1988. Existem menções expressas a esses direitos e aos tratados internacionais deles decorrentes em diversos dispositivos ao longo do texto, merecendo destaque: a prevalência dos direitos humanos como um princípio regente das relações internacionais do Brasil (artigo 4<sup>o</sup>, II, CF); a menção sobre os direitos fundamentais implícitos que decorram de tratados internacionais (artigo 50, § 20, CF); a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos com status

de emenda constitucional (artigo 5º, § 3º, CF); e o incidente de deslocamento de competência (artigo 109, § 5º, CF).

**a) Prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, CF)**

A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar a prevalência dos direitos humanos como princípio regente nas relações internacionais que estabeleça<sup>23</sup>, o fazendo no artigo 40, II, CF: “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos”.

Trata-se de previsão lógica, conforme Lazari:

Os direitos humanos são proteções jurídicas necessárias à concretização da dignidade da pessoa humana. Em verdade, os direitos fundamentais nada mais são que os direitos humanos internalizados em Constituições. Desta forma, tal como os direitos fundamentais devem prevalecer no plano interno, também os direitos humanos devem ser a tônica no plano internacional.

Flávia Piovesan (2021), reforça que a partir do ponto em que o Brasil decide fundamentar suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos reconhece que existem limites e condicionamentos à sua própria soberania, isto é, que decisões governamentais devem ser tomadas em consideração às normas internacionais de direitos humanos.

O princípio da primazia dos direitos humanos nas relações internacionais implica em que o Brasil deve incorporar os tratados quanto ao tema ao ordenamento interno brasileiro e respeitá-los. Implica, também em que as normas voltadas à proteção da dignidade em caráter universal devem ser aplicadas no Brasil em caráter prioritário em relação a outras normas (PORTELA, 2021).

Por sua vez, a previsão da prevalência dos direitos humanos também gera um reflexo quanto à aplicação das normas de direitos fundamentais previstas na Constituição. Nesse sentido, embora o artigo 5º, caput, CF pressuponha que o rol de direitos ali previstos se aplica “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”, como eles expressam a tônica conferida pelo Brasil no processo de institucionalização dos direitos humanos (e, portanto, são conteúdos específicos de direitos humanos) e como está expresso o compromisso com a regência de relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos, o Estado brasileiro não poderá se negar a estender esses direitos aos estrangeiros não residentes no país, inclusive os que se encontrem em trânsito, como turistas – aceita-se, apenas, a exclusão de direitos que exijam uma condição especial do titular (ex.: direito à ação popular é assegurado apenas ao cidadão – artigo 50, LXXIII, CF).

#### **b) Direitos fundamentais implícitos (artigo 5º, § 2º, CF)**

Nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Daí se depreende que os direitos ou garantias podem estar expressos ou implícitos no texto constitucional. Os direitos implícitos ou implicitamente positivados abrangem todas as posições jurídicas fundamentais não direta e explicitamente consagradas pelo texto constitucional, mas que podem ser deduzidos de um ou mais direitos (e mesmo princípios) expressamente consagrados, em geral mediante a reconstrução (ampliação) hermenêutica do âmbito de proteção de um determinado direito [...] (SARLET, 2015).

Devido ao § 2º do artigo 5º, fixa-se que o rol enumerado nos incisos do artigo 5º é apenas exemplificativo, não taxativo. Além disso, determina-

se que é possível que direitos humanos assegurados em tratados internacionais e não previstos no artigo 5º sejam considerados como direitos fundamentais.

O mencionado § 2º consta da redação originária da Constituição Federal, o que indica que o constituinte originário conferiu desde logo grande importância aos tratados internacionais que abordassem direitos humanos, independentemente da alteração constitucional posterior que veio a estabelecer o status de emenda constitucional diante de adoção de procedimento específico (artigo 5º, § 3º, CF, que foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Sendo assim, após a Constituição de 1988, passou-se a afirmar que os tratados de direitos humanos são mais do que leis ordinárias, mas fontes de direitos implícitos, devido à primazia dos direitos humanos.

Nesse sentido, o STF decidiu que o duplo grau de jurisdição na esfera penal trata-se de direito fundamental implícito por decorrência de tratados internacionais de direitos humanos, notadamente Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na Ação Penal nº 470 (caso mensalão)<sup>28</sup>.

Por força desta previsão que a doutrina afirmou vastamente – ao menos até que fosse incluído o artigo 5º, § 3º, CF – que não importava o processo formal de incorporação dos tratados de direitos humanos, uma vez que eles são fontes de direitos fundamentais implícitos e, como tais, exteriorizam verdadeira norma constitucional (relembra-se a noção de Constituição no sentido material, tomando direitos humanos fundamentais como elementos limitadores do poder estatal). Eventual conflito entre o rol de direitos da CF e uma previsão de direito humano implícito deveria ser resolvido pelo critério da norma mais favorável, isto é, o documento que melhor proteger a pessoa humana é o que deve prevalecer.

Contudo, alterações relevantes proporcionadas pela Emenda Constitucional n° 45/2004, especialmente a que previu um procedimento específico para a incorporação dos tratados de direitos humanos (artigo 5°; § 3°, CF), puseram em questionamento a teoria que defendia a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Incorporação de tratados de direitos humanos (artigo 5°, § 3°, CF) Como o Brasil adota a teoria dualista, sempre que ocorre a assinatura de um tratado internacional será preciso submetê-lo a um procedimento de incorporação ao ordenamento interno. Nesse sentido, o procedimento divide-se em quatro etapas: a) negociação, a ser realizada pela União com relação aos Estados estrangeiros, conforme competência constitucional do artigo 21, I, pela pessoa do Presidente da República, que manterá as relações com o respectivo Estado estrangeiro e celebrará tratados, convenções e atos internacionais, que

precisam apenas do referendo do Congresso Nacional, conforme dispõe o artigo 84, VII e VIII da Constituição Federal; b) assinatura, pela autoridade competente para negociação; c) autorização de ratificação, a ser feita pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo, o que demonstra que a colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo é indispensável para a conclusão de um tratado no ordenamento jurídico brasileiro, já que muito embora a competência seja exclusiva do Presidente da República; d) ratificação, que é a confirmação feita pela autoridade competente, o chefe do Executivo federal, no âmbito internacional do compromisso firmado, com respectiva promulgação e publicação para vigência no âmbito interno.

Obedecido todo esse procedimento, o tratado internacional é incorporado ao ordenamento interno e passa a valer como legislação, em regra, com o status normativo de lei ordinária, abaixo da Constituição Federal. No entanto, a partir da Constituição Federal de 1988 e, especialmente,

desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, o tratamento da hierarquia normativa dos tratados internacionais mudou, não em relação aos tratados em geral, mas quanto aos que abordam direitos humanos.

A partir da referida emenda, o artigo 5º teve incluído o seu § 3º, com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Efetuou-se uma equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos com as emendas constitucionais, desde que aprovados pelo procedimento que serve à aprovação das mesmas. Em relação aos tratados internacionais que se sujeitem a estas regras, não há dúvidas sobre o status constitucional, como é o caso da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (Decreto nº 6.949/2009) e do Tratado de Marraqueche (Decreto nº 9.522/2018).

No que tange aos demais tratados, incorporados ao ordenamento sem o respeito ao procedimento do § 3º do artigo 5º porque incorporados antes da admissão do procedimento especial para conferência de status de emenda constitucional, surgiram posicionamentos conflituosos a respeito da hierarquia normativa. Tal controvérsia pareceu ter sido resolvida pelo estabelecimento de uma posição majoritária pelo Supremo Tribunal Federal, na discussão que se deu com relação à prisão civil do depositário infiel, prevista como legal na Constituição e ilegal no Pacto de São José da Costa Rica – tratado de direitos humanos, aprovado antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e depois da Constituição Federal de 1988.

O posicionamento da Corte Suprema encontra-se colacionado na súmula vinculante n. 25, pela qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Como precedente, destaca-se o Recurso Extraordinário nº 466.343-1, decidido pelo Tribunal Pleno

em 03 de dezembro de 2008, relatado pelo Ministro Cezar Peluso e com posicionamento seguido pela maioria proferido pelo Ministro Gilmar Mendes.

Ambos os votos foram pelo não cabimento da prisão civil do depositário infiel. O voto do relator Cezar Peluso seguiu a tese da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, o que colocaria o Pacto de São José da Costa Rica em posição de norma constitucional, mesmo não se sujeitando ao procedimento do artigo 5º, § 3º, CF. Logo, todas as normas previstas nesse tratado e que ampliassem os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 prevaleceriam – é o denominado critério da norma mais favorável.

Predominou o posicionamento colacionado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, que toma como ponto de partida a alteração constitucional efetuada em 2004, do qual se destaca o seguinte trecho:

[...] parece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n. 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em

relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quórum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE.

[...]

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

[...]

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

[...] Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de



ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a supralegalidade do tratado de direitos humanos anterior à Emenda, o que paralisaria a eficácia das leis infraconstitucionais que o contrariassem, mas não revogaria o texto constitucional no que fosse controverso. É como se fosse criado um novo degrau na pirâmide de hierarquia normativa: antes, depois da lei ordinária já vinha a Constituição Federal com suas emendas; a partir da decisão, colocou-se entre a lei ordinária e a normativa constitucional uma categoria composta pelos tratados internacionais de direitos humanos não sujeitos ao artigo 5º, § 3º da CF e aprovados depois de 1988.

Depois da decisão, a teoria da supralegalidade não foi mais invocada. Pelo contrário, chegou-se a reconhecer no julgamento da Ação Penal nº 470 a teoria oposta, pela constitucionalidade dos direitos implícitos devido à primazia dos direitos humanos. Mais que isso, inúmeros tratados internacionais de direitos humanos foram incorporados ao ordenamento interno sem obediência ao procedimento do artigo 5º, § 3º, CF, cuja adoção tem sido considerada discricionária pelo constituinte. Questiona-se, ainda sem resposta, se nos casos em que o constituinte optou por não seguir o procedimento mesmo com sua existência também valeria a tese da supralegalidade ou se há que se falar em vício formal no processo de incorporação do tratado de direitos humanos que deveria ter obedecido procedimento especial.

A instituição da teoria da supralegalidade criou um novo degrau na hierarquia das normas brasileiras. Se, antes disso, toda legislação estaria sujeita a um controle de constitucionalidade (compatibilidade com a CF e demais normas do bloco de constitucionalidade, como emendas

constitucionais e tratados de direitos humanos incorporados nos moldes do artigo 5º, § 3º, CF); depois disso, toda legislação passou a se sujeitar também a um controle de convencionalidade (compatibilidade com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos fora do bloco de constitucionalidade). Mazzuoli é um dos principais defensores do controle convencionalidade no país, que, judicialmente, poderia ocorrer nas vias concentrada e difusa. O controle de convencionalidade já foi reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em diversos julgamentos, o que ocorreu pela primeira vez no Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, que versou sobre a inconvenção da lei de anistia chilena.

### **c) Incidente de deslocamento de competência (artigo 109, § 5º, CF)**

Em 2004, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentou-se ao artigo 109, CF quinto parágrafo, com o seguinte teor:

“Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

Houve algumas tentativas de criar um rol de “graves violações”, dentro do qual estariam, dentre outros, atos de tortura, crimes cometidos contra as comunidades indígenas e seus integrantes, homicídios dolosos qualificados praticados por agente funcional de quaisquer dos entes federados, crimes que envolvessem exploração de trabalho escravo de criança ou adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais, dentre outros. O constituinte reformador, contudo, a fim de evitar o risco de que atos atentatórios ficassem fora de eventual listagem, optou

por não trazê-lo expressamente, deixando à situação fática a concretude de sua configuração. Importa lembrar, contudo, que é comum que se associe a “grave violação” à prática delituosa (criminal), muito embora insista-se na ausência de delimitação, pelo constituinte reformador, de um conceito específico.

Ademais, igualmente indeterminada é a expressão “em qualquer fase do inquérito ou processo”. Também pela ausência de delimitação sobre qual “inquérito” ou qual “processo” seria esse (é perfeitamente indagável se poderia ser um inquérito civil, ou um processo cível, ou mesmo um procedimento decorrente de improbidade administrativa), mantém-se a questão em zona de indefinição. Em termos práticos, da junção destes dois conceitos indeterminados é perfeitamente possível, a título ilustrativo, pensar em algo que não envolva questão meramente criminal, como um incidente de deslocamento que ocorra por violação à duração razoável do processo, ou questão envolvendo causa ambiental (direito coletivo em sentido amplo por excelência)<sup>38</sup>.

De acordo com entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em alguns casos suscitados, o incidente deve ser considerado medida excepcional, não podendo ser utilizado como mero “preciosismo” e nem conduzindo a uma falsa impressão de que a justiça federal é mais apta para julgar do que a estadual ou de que a polícia federal melhor investiga fatos do que a estadual. Por isso, para que o incidente seja reconhecido, é preciso que os agentes investigadores, acusadores e processantes no prisma estadual se revelem absolutamente incapazes de conduzir a análise de grave violação a direitos humanos<sup>39</sup>.

Foram fixados três parâmetros cumulativos, a saber, a demonstração inequívoca de ameaça ao cumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil perante organismos e documentos internacionais (primeiro requisito), a imprescindibilidade do pedido (segundo requisito), e a comprovação de

inaptação dos órgãos investigatórios, acusadores e processantes (terceiro requisito).

Convém explicar cada um deles:

- a) Primeiro requisito: não é qualquer violação aos direitos humanos que autorizará o IDC. Deve ser uma grave violação aos direitos humanos. Neste sentido, atentou o STJ que todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima ou da repercussão do fato nos âmbitos nacional e internacional, representa violação ao direito à vida, o mais importante dos direitos humanos. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, assim, que é suficiente para o deslocamento da competência a demonstração inequívoca, no caso concreto, de ameaça efetiva ou real ao cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte, respeitando-se o direito de manifestação das partes interessadas sobre o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República;
- b) Segundo requisito: o IDC é instrumento a ser utilizado em situações imprescindíveis, tal como ocorre, segundo afirmou o STJ, com o pedido de desaforamento (art. 427, CPP) ou com os mecanismos de intervenção (arts. 34 a 36, CF). Neste sentido, postulados como a razoabilidade e a proporcionalidade devem funcionar como vetores;
- c) Terceiro requisito: deve ficar claramente comprovado que os órgãos investigatórios, acusatórios e processadores estaduais se revelam incompetentes, negligentes, corruptos ou não tenham vontade política para conduzir investigação do porte de uma grave violação de direitos humanos<sup>40</sup>.

De fato, o incidente de deslocamento de competência não pode colocar em risco a credibilidade da justiça estadual para julgar os feitos de sua competência, nem das polícias civil e militar de investigar fatos relacionados a esses feitos. Contudo, deve assegurar que a investigação e o julgamento de violações de direitos humanos se deem de forma imparcial e efetiva.

Até janeiro de 2019, o IDC foi sido suscitado pouco mais de 10 (dez) vezes e rejeitado em 3 (três) delas – duas das rejeições se deram por falha

na legitimidade ativa e outra rejeição foi no caso Dorothy Stang. As admissões, no geral, versam sobre ações de grupos de extermínio e de milícias (nestes casos, o STJ exigiu prova de leniência, inércia ou falta de comprometimento das instâncias locais em processar e julgar e, diante dessa prova, reconheceu a parcialidade das autoridades locais e concedeu o IDC, deslocando a competência para a justiça federal).

## **6 Histórico dos Direitos Humanos Fundamentais**

A ideia de que existem direitos inatos à pessoa humana e que devem ser respeitados em todo lugar a todo tempo, antecede ao surgimento dos primeiros documentos que afirmaram tais direitos. Em verdade, a distinção entre o justo por natureza e o justo por lei assume uma visão crítica numa das tragédias gregas mais famosas, Antígona, de autoria de Sófocles.

Na obra, a protagonista enfrenta um conflito interno diante da ordem do rei Creonte que impunha que seu irmão não fosse enterrado porque havia lutado contra o Estado e a favor de seus opositores. Antígona sente-se moralmente compelida a desobedecer à ordem do rei, que simbolizava a lei dos homens, em prol de uma lei transcendental e não escrita, que seria a lei natural. Ao fazê-lo, é chamada a prestar esclarecimentos diante do rei, afirmando que desobedeceu à sua ordem porque não possuía legitimidade devido ao seu conteúdo:

Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses! [...].

A ideia de leis eternas, divinas, irrevogáveis e não escritas é a base da filosofia jusnaturalista, que se propagou para além da clássica filosofia grega. Primeiro, atingiu as bases filosóficas do Império Romano, que numa visão estadista reconheceu o dever do governante de gerar justiça para o povo, e depois viu-se ganhar novos limiares com o fortalecimento do cristianismo, filosofia predominante no tempo do feudalismo europeu e, até os dias de hoje, de influência singular.

Em seguida, a deturpação do jusnaturalismo para construir um argumento de legitimidade da ascensão dos modelos absolutistas de Estado, defendendo-se um suposto direito natural à governança atribuído ao soberano, impulsionou o questionamento de suas bases teóricas. No contexto do movimento de ruptura com o Estado Absoluto, as diferenças entre o jusnaturalismo e o modelo do Estado de Direito, fundado exclusivamente na força da lei, pareciam ser irreconciliáveis.

Contudo, após tragédias recentes da história da humanidade (notadamente, as duas Guerras Mundiais), foi a essa filosofia que se retornou em busca das bases teóricas para a construção dos sistemas de proteção dos direitos humanos, que modernizou-se e incorporou-se às teorias constitucionalistas mais avançadas. Chegou-se, finalmente, a um ponto de compreensão de que o reconhecimento de direitos inatos à condição humana não implica no enfraquecimento da proteção da lei.

Nesse diapasão, embora a lei não possa ter um fim em si mesma, mas sim ser um instrumento de preservação de direitos, é fato que os movimentos históricos em meio aos quais emergiram os direitos humanos fundamentais foram circundados por documentos normativos relevantes. Muitos desses documentos são nacionais e evidenciam os primeiros traços do que veio a se conhecer como constitucionalismo moderno. Sendo assim, são verdadeiros documentos históricos e, como tais, serão estudados ao longo deste capítulo.

## 6.1 Magna Charta Libertatum de 1215 (Inglaterra)

Quando o modelo do feudalismo começou a se enfraquecer e a necessidade de unificação de territórios em prol da segurança de fronteiras se tornou premente, os barões ingleses, que dominavam os diversos territórios da Inglaterra, encontraram-se numa posição delicada. Os barões sabiam que a unificação era necessária para que a Inglaterra se preservasse, mas tinham receio de que o reconhecimento do poder de um soberano levasse a abusos em relação aos seus direitos individuais.

No ano de 1215 a Inglaterra já possuía um monarca, que era o Rei João, desde 1199. Contudo, o modelo feudal colocava o soberano numa posição desfavorável, muito enfraquecida. O próprio Rei era conhecido como João Sem-Terra, porque possuía poucas posses em seu nome e uma força armada diminuta a ele vinculada. Sem dúvidas, era preciso fortalecer o poder do Rei para fortalecer a Inglaterra em si, mas o reconhecimento disso não impediu que inúmeros conflitos surgissem entre os barões ingleses e o monarca.

Na tentativa de conciliação entre as partes foi firmada a Magna Carta de 1215, também conhecida em latim como Magna Charta Libertatum. O documento foi selado ao final da Primeira Guerra dos Barões e representava um compromisso entre o monarca e os nobres de limitação de poder do soberano, que se sujeitaria a controle pelo Grande Conselho (do qual participavam os nobres, podendo ser considerado o embrião do Parlamento inglês) e às limitações impostas pela lei (lançando base ao que seria conhecido como Estado de Direito – Rule of Law).

Assim, abusos do Rei João causaram uma revolta por parte dos nobres que o compeliram a reconhecer os direitos da nobreza e dos cidadãos ingleses, estabelecendo desde o seu início que ninguém, inclusive o rei ou o legislador, estaria acima do Direito. A Magna Carta inglesa, também

conhecida como Grande Carta ou, no latim, Magna Charta Libertatum, é composta por 63 artigos, todos com foco na limitação do poder estatal.

Ela foi um passo essencial para a aceitação do absolutismo na Inglaterra após o fim da Idade Média. Contudo, suas regras eram muito mais formais do que aplicáveis na prática. Referido documento, em sua abertura, expõe a noção de concessão do rei aos súditos, estabelece a existência de uma hierarquia social sem conceder poder absoluto ao soberano, prevê limites à imposição de tributos e ao confisco, constitui privilégios à burguesia, e traz procedimentos de julgamento ao prever conceitos como o de devido processo legal, habeas corpus e júri.

Embora a Carta Magna de 1215 possa ser considerada um dos documentos mais relevantes para o modelo de Estado de Direito constitucional que emergiu na Inglaterra e no mundo séculos depois, o fato é que pouco foi aplicada na prática. O próprio Rei João falhou em manter os compromissos firmados no documento, o Grande Conselho pouco se operacionalizou e as violações de direitos fundamentais pelo soberano eram sistêmicas.

## **6.2 Petition of Rights de 1628 (Inglaterra)**

A Petition of Rights foi fruto das disputas entre o Rei Charles I e o Parlamento inglês durante a Guerra dos 30 anos (1618-1648). Na ocasião, o Parlamento havia recusado autorização para gastos militares pelo Rei Charles I e este ignorou a ordem, determinando que fossem ofertados empréstimos compulsórios pelos súditos, sob pena de prisão em caso de recusa, e decretando lei marcial em vastas faixas do país.

A Casa dos Comuns do Parlamento agiu preparando resoluções que consideravam inválidas as ações do rei e proclamavam a validade da Carta Magna de 1215 e da garantia de habeas corpus. Como reação, o rei determinou o fechamento do Parlamento. Em resposta a tal ameaça, a Casa dos



Comuns elaborou uma petição de direitos e a enviou para a Casa dos Lordes. Após debates, as duas Casas do Parlamento da Inglaterra ratificaram a *Petition of Rights*, que previu que:

[...] ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas; e que Vossa Majestade haja por bem retirar os soldados e marinheiros e que, para futuro, o vosso povo não volte a ser sobrecarregado; e que as comissões para aplicação da lei marcial sejam revogadas e anuladas e que, doravante, ninguém mais possa ser incumbido de outras comissões semelhantes, a fim de nenhum súdito de Vossa Majestade sofrer ou ser morto [...].

Como o Rei Charles I necessitava de apoio do Parlamento, acabou ratificando plenamente o documento, mas a controvérsia não se encerrou. Após a extensão da Guerra dos 30 anos e a permanência de conflitos diante da não aceitação pelo monarca da limitação de gastos públicos pelo Parlamento, despontou numa Guerra Civil a partir de 1641, que teve início após a segunda ordem de fechamento do Parlamento por parte do rei.

Nesse momento, houve o confronto entre o rei Carlos I e o Parlamento, que resultou em uma violenta guerra civil, saindo como vitoriosos os parlamentares, que executaram o Rei Charles I em 1649 instaurando-se, a partir daí, a férrea ditadura Cromwell. O Protetorado de Cromwell tinha apoio do exército e da burguesia puritana, o que permitiu que a Inglaterra se tornasse uma potência naval e comercial. Com a morte do Lorde Protetor, em 1658, o país entrou em uma crise política cuja solução para evitar uma nova guerra civil era a restauração da monarquia e o

retorno dos Stuart ao trono inglês. Com a volta dos Stuart, na pessoa do filho do monarca deposto e herdeiro direto do trono, Rei Charles II, se reavivou o conflito entre a Coroa e o Parlamento inglês, chegando ao ápice com o reinado de James II, soberano católico e absolutista<sup>44</sup>.

### **6.3 Habeas Corpus Act de 1679 (Inglaterra)**

O retorno da dinastia Stuart ao poder em 1660, retomando-se a monarquia na Inglaterra, foi considerado o menor dos males, eis que a crise após a morte do Lorde Protetor da República parecia conduzir a uma nova guerra civil. Contudo, os conflitos entre a coroa e o Parlamento permaneceram, tanto que em 1681 o Rei Charles II determinou a dissolução do Parlamento. Antes disso, em resposta às movimentações políticas contrárias à sucessão do trono de Charles II por seu irmão James, cujos posicionamentos radicais indicavam a chegada de um governo autoritário, e já antevendo o seu possível fechamento, o Parlamento ratificou o Habeas Corpus Act no ano de 1679.

O Habeas Corpus Act é um documento de 1679 e representou um ato do parlamento inglês elaborado durante o reinado do Rei Charles II para definir e fortalecer a antiga prerrogativa do writ habeas corpus, uma norma processual que forçou as cortes a examinar o pleno cumprimento da lei em relação à detenção de um prisioneiro, assegurando a liberdade individual de locomoção e prevenindo a restrição arbitrária desta liberdade. Embora o habeas corpus já existisse na Inglaterra desde a Magna Carta de 1215, somente em 1679 foi promulgada a Lei do Habeas Corpus, delineando os direitos

inerentes a esta garantia e tornando-a mais eficaz. Referido diploma inglês serviu de parâmetro para legislações em todo mundo, inclusive representando embrião para a criação de outras garantias semelhantes.

Vale ressaltar que a garantia do habeas corpus já constava da Magna Carta de 1215, mas é verdadeiro que seu conteúdo era sistematicamente ignorado pela coroa. A aprovação do Habeas Corpus Act não impediu que o irmão do Rei Charles II, o Rei James II, ascendesse ao poder em 1685, sucedendo-o após sua morte.

#### **6.4 Bill of Rights de 1688 (Inglaterra)**

O reinado de James II durou pouco, entremeado desde o início pela desconfiança das elites inglesas. Em específico, a elite política e religiosa anglicana suspeitava que o Rei James II, como católico fervoroso, parecia não ter em vista os interesses da Inglaterra e se aliava à França, bem como se colocava no caminho do protestantismo, que já tinha uma posição sólida de poder na Inglaterra.

Essa elite arquitetou um movimento que ficou conhecido como Revolução Gloriosa, que estourou em 1688 e encerrou-se em 1689. A Revolução não foi marcada pela guerra e pela violência, se assemelhando mais a um golpe de estado. A convite da elite anglicana, Guilherme III, príncipe de Orange, que havia se casado com a filha do Rei James II, foi convidado a invadir a Inglaterra com um exército, desembarcando em 1688 em solo inglês com tal propósito.

Nesse meio tempo, o Rei James II fugiu e, após uma tentativa frustrada de retomar o poder, se exilou na França até o final de sua vida. Já o Rei Guilherme III concordou com o fim da monarquia absolutista e com a transferência de poderes ao Parlamento, aceitando o documento que marcou o final da Revolução Gloriosa, o Bill of Rights, que contava com o seguinte conteúdo:

1. Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento.
2. Que, do mesmo modo, é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para dispensar as leis ou o seu cumprimento, como

anteriormente se tem verificado, por meio de uma usurpação notória. 3. Que tanto a Comissão para formar o último Tribunal, para as coisas eclesiásticas, como qualquer outra Comissão do Tribunal da mesma classe são ilegais ou perniciosas. 4. Que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio. 5. Que os súditos tem direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa. 6. Que o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz é contrário a lei, se não proceder autorização do Parlamento. 7. Que os súditos protestantes podem ter, para a sua defesa, as armas necessárias à sua condição e permitidas por lei. 8. Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento. 9. Que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum. 10. Que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado severas. 11. Que a lista dos jurados eleitos deverá fazer-se em devida forma e ser notificada; que os jurados que decidem sobre a sorte das pessoas nas questões de alta traição deverão ser livres proprietários de terras. 12. Que são contrárias às leis, e, portanto, nulas, todas as doações ou promessas de doação do produto de multa ou de confisco infligidos a pessoas que não tenham sido antes julgadas e condenadas. 13. Que é indispensável convocar com frequência os Parlametos para satisfazer os agravos, assim como para corrigir, afirmar e conservar as leis.

O Bill of Rights ou Declaração de Direitos de 1689 até hoje vigora na Inglaterra e foi o documento que lançou bases para a estruturação de um modelo democrático de Estado, servindo de parâmetro para diversos países no mundo todo.

## **7 Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 (Estados Unidos)**

Com uma monarquia parlamentarista já estruturada, a Inglaterra, que já havia se fundido com a Escócia, o País de Gales e a Irlanda do Norte,

formando o Reino Unido da Grã-Bretanha, enfrentou sua principal colônia na Revolução Americana, que se estendeu de 1765 a 1783.

Bem se sabe que os Estados Unidos se formaram a partir de colônias britânicas, cuja população era de imigrantes ingleses. No ano de 1732, eram 13 (treze) as colônias inglesas em solo americano. Entre as causas que concorreram para a guerra de independência figura o abandono em que elas se encontravam. No mais, aumentava a importância econômica das colônias, sobretudo após a Grã-Bretanha vencer a guerra contra a França, acrescentando às suas possessões americanas todo o Canadá e as terras situadas entre os montes Apalaches e o rio Mississippi.

Em meio aos conflitos que despontaram entre as colônias e a Inglaterra, algumas legislações foram aprovadas pelo Parlamento inglês contrariando os interesses das colônias, notadamente: lei de navegação, lei do açúcar, lei do selo, Declaratory Act, Townshend Act, Lei do Chá e leis intoleráveis. Todas elas implicavam em imposições às

colônias com impacto financeiro relevante<sup>48</sup>.

Em 1773, em resposta à Lei do Chá, que obrigava as colônias a adquirirem todo o chá excedente da Companhia das Índias Orientais, vários colonos atacaram navios e derramaram no mar os carregamentos de chá que chegavam ao porto de Boston, no episódio que ficou conhecido como Boston Tea Party, que acarretou numa ordem inglesa para o fechamento do porto em 1774. Entende-se que esse foi o estopim para que estourasse, no ano de 1775, a Guerra da Independência dos Estados Unidos ou Guerra das Treze Colônias.

No início da Guerra, os Estados Unidos, formados pelas Treze Colônias, aprovaram a Declaração de Direitos da Virgínia em 1776, que proclamava direitos naturais e positivados inerentes ao ser humano, entre eles: direito de gozar a vida e a liberdade; direito à propriedade; direito de procurar obter a felicidade e a segurança; participação no poder, como

decorrência da noção de soberania popular; governo que possua como finalidade o atendimento do bem comum e composto por representantes eleitos, não meros sucessores de ocupantes anteriores; princípio da anterioridade da lei penal; não aplicação de penas cruéis ou cauções excessivas; julgamento por júri; liberdade de imprensa; controle e permanência dos exércitos; liberdade religiosa.

A Declaração de Virgínia foi a predecessora da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, afirmando:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

Nota-se que na Declaração de Independência dos Estados Unidos lançaram-se as bases para que se afirmasse a perspectiva dos direitos fundamentais inatos à pessoa humana, o que foi corroborado, posteriormente, na Constituição Americana de 1787 e no Bill of Rights de 1791.

### **7.1 Constituição Americana de 1787 e Bill Of Rights de 1789 (Estados Unidos)**

Em 1783 encerrou-se a Guerra da Independência dos Estados Unidos, com o reconhecimento formal da independência pela Grã-Bretanha. Logo após, na Convenção Constitucional de Filadélfia, realizada no estado da Pensilvânia de 25 de maio a 17 de setembro de 1787, foi discutida e

aprovada a Constituição dos Estados Unidos que, até hoje, é a Constituição vigente no país, tendo passado por 27 emendas.

Originalmente, a Constituição americana delimitava os poderes que foram conferidos pelo povo ao Governo e os moldes em que deveriam ser exercidos. Entre outros aspectos, previa: a eleição periódica a cada 4 (quatro) anos do Presidente, num sistema de apuração de votos em cada Estado (cada um possui um número de delegados proporcional à população e os votos da maioria da população em cada Estado determinam para qual candidato irá o total dos votos dos delegados daquele Estado); a divisão do Congresso Nacional em duas casas, a Câmara dos Representantes (número de parlamentares proporcional à população de cada Estado) e o Senado dos Estados Unidos (dois representantes por Estado); o poder do Congresso Nacional de votar leis e orçamentos; a criação de um tribunal supremo, composto por juízes indicados pelo presidente e aprovados pelo Senado, cujo propósito é assegurar a supremacia da Constituição; o procedimento para alteração do texto da Constituição por meio de emendas.

Nesse sentido, as primeiras dez emendas aprovadas compõem a Carta de Direitos dos Estados Unidos ou *United States Bill of Rights*, que foram introduzidas no ano de 1789 e entraram em vigor a partir de 1791. O documento: protege liberdades fundamentais como a de expressão, a de religião, a de guardar e usar armas, a de assembleia e a de petição; assegura a igualdade de todos de maneira livre e independente, considerando esta como um direito inato; proíbe a busca e a apreensão sem razão alguma, o castigo cruel e insólito e a confissão forçada; impede que o Congresso faça qualquer lei em relação ao estabelecimento de religião e proíbe o governo federal de privar qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem os devidos processos da lei, trazendo especificações sobre julgamento pelo júri, vedação do *bis in idem* e direito ao

contraditório. Em termos políticos, estabelece que o poder pertence ao povo e que o Estado é responsável perante ele.

Com efeito, o processo de independência dos Estados Unidos inspirou muitos documentos históricos relevantes, os quais influenciaram, por sua vez, as Constituições diversas ao redor do mundo, inclusive algumas brasileiras. Ainda assim, na opinião de Bobbio, possuiu um impacto limitado se comparado à Revolução Francesa, cujos efeitos foram impactantes em toda Europa.

### **7.2 Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França)**

Historiadores divergem quanto às causas da Revolução Francesa, mas as que costumam ser citadas incluem o descontentamento do povo francês, cansado de tolerar um regime em que eram inúmeros os privilégios e os abusos. Nesse contexto, a monarquia absolutista se apresentava como um obstáculo à ascensão da burguesia, classe mais rica e instruída da nação. Os camponeses ainda viviam esmagados pelo sistema feudal imperante no campo, uma vez que a nobreza e o clero possuíam as melhores e mais extensas propriedades. Essa estrutura agrária obsoleta não atendia às exigências de uma população que se expandia com o progresso industrial e mercantil. Logo, as condições eram propícias ao surgimento de ideias revolucionárias, como as de Voltaire e Rousseau.

Às vésperas da revolução, agravou-se a crise econômica, sendo que o único meio de estabelecer o equilíbrio seria suprimir os privilégios e decretar a igualdade de todos diante do Fisco. Para isso, era necessário opor-se aos nobres, mas o governo não tinha forças para tanto. Luís XVI entrou em choque com o Parlamento, o qual fez publicar, em maio de 1788, uma decisão que valeu como verdadeira declaração de direitos da nação. O povo tomou o partido dos parlamentares e o soberano acabou por decretar o recesso compulsório do Parlamento. A crise se aprofundou e, premido pela



gravidade da situação, Luís XVI cedeu e colocou Jacques Necker, homem muito popular, nas funções de primeiro-ministro, o qual convocou os Estados Gerais.

Na primeira sessão dos Estados Gerais, os representantes do terceiro estado (burguesia) desentenderam-se com os aristocratas. Após uma série de negociações infrutíferas, a terceira classe resolveu deliberar sozinha, na qualidade de representantes de 96% da nação, e declararam-se Assembleia Nacional, soberana em matéria de impostos. Essa medida praticamente subtraiu ao rei o poder sobre as finanças e se constituiu no primeiro ato revolucionário. Luís XVI hostilizou o terceiro estado e tentou anular suas deliberações, mas ante sua resistência foi obrigado a ceder.

A partir de então, a Assembleia declarou-se Assembleia Constituinte, destruindo, com isso, o poder absoluto da monarquia. Ainda assim, o rei tentava reagir, inclusive demitindo Necker, mas o povo não permitiu. Organizou-se, no dia 13 de julho, um comitê permanente que reuniu 12.000 homens e constituiu uma milícia para a defesa de Paris, primeiro núcleo da Guarda Nacional. No dia 14 de julho, o povo sublevado saqueou o Hôtel des Invalides (sede do governo militar parisiense), recolhendo canhões e milhares de fuzis. Em seguida, dirigiu-se à Bastilha, à procura de mais armas e munição. Depois de algumas horas de luta, a massa invadiu a fortaleza e massacrou seus defensores. A queda da Bastilha teve importância decisiva para a revolução, porque era o símbolo das injustiças do antigo regime. De mãos atadas, em 15 de julho, o rei anunciou aos deputados a dispersão das tropas e, no dia seguinte, chamou Necker para reassumir o Ministério das Finanças, bem como sancionou todas as medidas adotadas pelos revolucionários. No futuro, o rei tentou reagir, mas a descoberta de documentos que o comprometiam com a contrarrevolução fez com que ele fosse condenado à morte e guillotinado em 21 de janeiro de 1793.

Em resumo, a Revolução Francesa decorreu da incapacidade do governo de resolver sua crise financeira, ascendendo com isso a classe burguesa (*sans-culottes*), sendo o primeiro evento de tal ascensão a Queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, seguida por outros levantes populares. Derrubados os privilégios das classes dominantes, a Assembleia se reuniu para o preparo de uma carta de liberdades, que veio a ser a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, influenciada pela doutrina jusnaturalista, é um dos documentos mais influentes do século XVIII. De forma notória, é possível perceber que seu conteúdo se reproduziu em muitos documentos ao redor do mundo e, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Seu conteúdo pode ser assim resumido: liberdade e igualdade entre os homens quanto aos seus direitos (artigo 1º); necessidade de conservação dos seus direitos naturais, quais sejam: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (artigo 2º); princípio da autonomia da nação, não se aceitando que um indivíduo exerça sobre ela autoridade sem o apoio de toda a nação (artigo 3º); limitação do direito de liberdade somente por lei (artigo 4º); princípio da legalidade, dando-se liberdade para fazer tudo que a lei não proíba (artigo 5º); participação popular direta e indireta para a criação de leis (artigo 6º); princípio da legalidade criminal (artigo 7º); princípio da irretroatividade da lei penal (artigo 8º); princípio da presunção de inocência (artigo 9º); manifestação livre do pensamento (artigos 10 e 11); força pública como garantidora dos direitos do povo, havendo contribuição comum para os gastos com esta (artigos 12 e 13); direito à fiscalização dos gastos públicos (artigo 14); prestação de contas pelos agentes públicos (artigo 15); necessária separação de poderes (artigo 16); e propriedade como direito inviolável (artigo 17).

### **7.3 Constituição Mexicana de 1917 (México), Declaração do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 (Rússia) e Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha)**

Entre os séculos XVIII e XIX acedeu a chamada Revolução Industrial, caracterizada por novidades na produção industrial, como a metalurgia do coque, a utilização da máquina a vapor na mineração e na laminação, a invenção de máquinas nos setores de fiação e tecelagem, o emprego de novos métodos e materiais na cerâmica, na engenharia civil e nos transportes, sobretudo canais e ferrovias.

Primeiramente, a Revolução Industrial se desenvolveu de forma localizada na Inglaterra, na qual havia um ambiente favorável aos novos processos de industrialização devido ao livre comércio e ao alto poderio econômico. A partir de 1860, a Revolução Industrial tomou forma em outros países da Europa, como Alemanha, França, Rússia e Itália.

Se, por um lado, a revolução gerou inúmeros benefícios ao conforto material da população, que passou a ter acesso a bens de consumo antes não disponíveis, por outro lado, a classe menos favorecida, dos operários (boa parte ex-camponeses vítimas do êxodo rural), se viu massacrada num sistema de produção intensa.

O filme *Tempos Modernos*, de Charles Chaplin, permite a visualização – ainda que de forma caricata – do contexto ao qual se sujeitavam os trabalhadores no ápice da Revolução Industrial: em algumas de suas cenas clássicas, o protagonista fica preso às engrenagens do maquinário, se vê obrigado a se adaptar a um método de fazer suas refeições sem parar de trabalhar, adquire um “tique” devido ao movimento repetitivo feito numa das esteiras de produção, passa por necessidades financeiras ao lado de sua companheira e adere a um movimento de greve.

No contexto dos abusos cometidos pelos detentores dos meios de produção à burguesia, notadamente relacionados às extensas jornadas de

trabalho, ao trabalho insalubre, à instabilidade do emprego, à insuficiência remuneratória e à ausência de proteção em caso de invalidez ou de desemprego, surgem movimentos que trazem reivindicações de melhores condições aos trabalhadores, dentre eles as greves.

É a origem da consciência de classe, na qual se amparou o ideário filosófico do marxismo, com destaque a obras como “O Manifesto Comunista” (1948) e “O Capital” (1867-1894). Karl Marx estrutura a teoria que afirma que a construção do modelo econômico por trás da Revolução Industrial e do modelo político sobre o qual se estrutura o Estado ampara o predomínio de uma classe dominante, que é detentora dos meios de produção. Sendo assim, a luta de classes não pode acontecer de forma justa num modelo em que o proletariado, que apenas pode viver do fruto de sua mão-de-obra, está constantemente subjugado. Por isso, Marx alegou que paulatinamente ocorreria a substituição do modelo capitalista pelo socialista.

Em meio ao contexto da Revolução Industrial e às teorias filosóficas que criticavam o modelo político-econômico que a viabilizou, tomaram força os movimentos de lutas por direitos que protegessem o elo mais fraco da relação entre os detentores do poder econômico e os seus funcionários, isto é, o trabalhador. Surgem os denominados direitos sociais ou trabalhistas, que tomam forma em documentos nacionais e internacionais.

A primeira menção é da Constituição Mexicana de 1917, que foi pioneira na afirmação de direitos sociais. Dentre os direitos sociais nela expressos, destacam-se: limitação de jornada de trabalho a oito horas, direito de associação a sindicatos, direito de greve, direito ao salário mínimo, limitação do trabalho feminino e infantil.

A Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura. A Constituição mexicana

estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito, inclusive e fortemente, no Brasil. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e, portanto, da pessoa humana.

Enquanto pioneira, a Constituição do México, de 1917, acabou inspirando os documentos que a seguiram. Entretanto, é importante destacar que, em 1918, eclodiu a Revolução Russa, ao passo que, em 1919, foi colocado fim à Primeira Guerra Mundial com o Tratado de Versalhes, marginalizando uma destroçada Alemanha. Esse cenário conduziu a duas formas de concepções acerca dos direitos sociais que representavam a divisão política e econômica que se representaria no mundo pelas décadas que seguiriam.

Diversas disposições da Constituição mexicana de 1917 foram adotadas pela Revolução Russa, especialmente na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas e levadas às suas últimas consequências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes do texto constitucional mexicano, tanto no campo socioeconômico quanto no político. Mas isso é realizado fora do quadro dos direitos humanos, fundado no princípio da igualdade essencial entre todos, de qualquer grupo ou classe social. Marx foi um crítico da concepção francesa de direitos dos homens, separados dos direitos do cidadão, como consagradora da grande separação burguesa entre a sociedade política e sociedade civil, dicotomia essa fundada na propriedade privada. Sem dúvida, na Constituição Mexicana de 1917 não se fazem as exclusões próprias do marxismo, ou seja, o povo mexicano não é reduzido unicamente à classe trabalhadora.

A Revolução Russa não pode ser considerada propriamente um movimento de luta por direitos humanos fundamentais, embora não se negue a relevância enquanto documento histórico da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. No geral, foi um movimento que reestruturou o modelo político e econômico do Estado, contexto no qual conferiu uma roupagem peculiar aos direitos dos trabalhadores, uma vez que a teoria marxista amparava o reconhecimento de que o Estado deveria se estruturar especialmente para permitir a eles tomar o poder e o controle dos meios de produção, bem como aos direitos civis, especialmente os que se relacionavam à propriedade privada.

Ainda assim, a ascensão de um modelo alternativo político-econômico colocou pressão nos países capitalistas para fornecerem uma resposta àqueles que clamavam por direitos da classe trabalhadora, que era a maioria da população. Naquele tempo, já existiam discussões acerca dos direitos sociais despontando em outros países da Europa, como França, Alemanha e Inglaterra. Nesse sentido, o reconhecimento internacional dos direitos sociais enquanto categoria de direitos humanos fundamentais foi, de certo modo, impulsionado pela onda de luta que se originou nos movimentos de classe em toda Europa. Depois da Constituição Mexicana de 1917, é apontado como documento histórico nacional relevante aos direitos sociais a Constituição de Weimar de 1919. Ela foi elaborada no movimento de reestruturação da Alemanha após sua derrota na Primeira Guerra Mundial. Contudo, a proteção de direitos sociais na Alemanha data de algumas décadas anteriores, sendo que a Constituição de 1919 apenas os alçou à categoria de direitos fundamentais. Por isso, considera-se um marco do movimento constitucionalista a Constituição alemã de 1919, não apenas por consagrar direitos sociais aos trabalhadores, mas também por prever outros direitos sociais, como cultura,

educação e previdência, evidenciando a transição do modelo do Estado Liberal para o Estado Social.

Curioso é observar que foi na vigência da Constituição de Weimar que se lançaram bases para a estruturação do regime autoritário com o 3º Reich, em 1933, embora originalmente a previsão fosse de que o Reich exteriorizasse um modelo constitucionalista de Estado. Com a ascensão de Hitler ao poder, a Constituição de 1919 permaneceu em vigor (e assim foi durante toda a Segunda Guerra Mundial), mas reformas feitas pelo partido nazista comprometeram substancialmente seu conteúdo, em especial por conferirem poderes absolutos ao Führer.

## **8 Antecedentes da internacionalização dos Direitos Humanos**

Muitos foram os documentos históricos nacionais que tiveram impacto na construção dos direitos humanos fundamentais. Em geral, se apresentaram em forma de Declarações e Cartas de Direitos ou de Constituição, possuindo vigência limitada ao território do país em que foram ratificadas, porém, influenciando a elaboração de normativas internas em outros países.

Entretanto, os clássicos limites à jurisdição, inerentes a um conceito estrito de soberania, começaram a mostrar suas falhas. Com o passar dos anos, percebeu-se que algumas iniciativas apenas poderiam ter relevante impacto se transcendessem as fronteiras de cada Estado.

A internacionalização de direitos humanos se torna a essência dos sistemas de proteção de direitos humanos com a fundação da Organização das Nações Unidas em 1945, mas foi em iniciativas anteriores que se delinaram as primeiras intenções de um sistema internacional de proteção de direitos.

Estas iniciativas denominadas antecedentes da internacionalização dos direitos humanos, são assim enumerados pela doutrina de forma pacífica:

Direito Humanitário e a fundação da Cruz Vermelha, a partir de 1864; Liga das Nações, criada no Tratado de Versalhes de 1919; Organização Internacional do Trabalho – OIT, criada no Tratado de Versalhes de 1919.

### **8.1 Direito Humanitário e Primeira Convenção de Genebra de 1864**

Em 9 de fevereiro de 1863, fundou-se o Comitê dos Cinco, uma comissão de investigação da Sociedade de Genebra para o Bem-estar Público, que tinha por objetivo organizar uma conferência internacional sobre a possível implementação das ideias que fundaram o Direito Humanitário.

Essas ideias se originam na obra de Henri Dunant intitulada “Uma recordação de Solferino”, publicada em 1862, na qual ele relata seu testemunho sobre a batalha de Solferino, travada em 24 de agosto de 1859 entre os exércitos da França e da Itália, de um lado, e da Áustria de outro, na qual cerca de quarenta mil homens ficaram no campo, mortos ou moribundos, sem que tivessem assistência médica adequada.

Dunant descreve na obra a experiência que teve em sua intervenção na batalha junto a um corpo de voluntários e, desse modo, indica sua motivação para começar uma campanha com o objetivo de melhorar a assistência às vítimas de guerra e formar, em cada país, sociedades que organizassem e treinassem homens e mulheres para cuidar dos feridos quando a guerra viesse.

Após a primeira Conferência Internacional organizada pelo Comitê dos Cinco adotou-se a Primeira Convenção de Genebra, de 22 de agosto de 1864, a respeito das condições dos feridos das forças armadas no campo de batalha. A convenção conta com dez artigos, fixando regras legais para



garantir a neutralidade e a proteção de soldados feridos, membros de assistência médica e instituições humanitárias, no caso de conflito armado, aceitando-se a fundação de sociedades nacionais com esse fim de proteção. Após o estabelecimento da Primeira Convenção de Genebra, as primeiras sociedades nacionais vinculadas ao Comitê dos Cinco foram fundadas.

Quando Henri Dunant foi à falência, a imagem do Comitê dos Cinco ficou comprometida perante a opinião pública, mesmo que nesse meio tempo tivessem sido fundadas outras sociedades nacionais. Em 1876, o comitê adotou o nome Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), como até hoje é designado oficialmente – a nomenclatura vem do símbolo que os representantes do Comitê e das instituições nacionais a ele associadas usavam em campo de batalha, uma bandeira branca com uma cruz vermelha.

A Cruz Vermelha, como é popularmente conhecida, teve seus esforços reconhecidos, tanto, que por três vezes recebeu o Prêmio Nobel da Paz (1917, 1944, e 1963), e até hoje é respeitada e requisitada em todo mundo. Enquanto organização humanitária independente e neutra, atua hoje no território de mais de 90 países.

Embora a Cruz Vermelha não seja uma organização internacional, é uma organização privada com abrangência internacional e foi a primeira que assim se configurou. Logo, antes de surgirem iniciativas globais de organização de Estados, surgiu uma iniciativa privada que teve o condão de efetivar direitos em territórios espalhados pelo mundo, não apenas no país sede onde se encontrava. Faz-se presente, assim, o primeiro antecedente de internacionalização de direitos.

## **8.2 Tratado de Versalhes de 1919**

Os outros dois antecedentes da internacionalização dos direitos humanos possuem a mesma origem: o Tratado de Versalhes de 1919. Esse

Tratado colocou fim à Primeira Guerra Mundial (vitória da Tríplice Entente, composta por França, Grã-Bretanha e Rússia, a qual o Brasil se vinculou, contra a Tríplice Aliança, composta por Alemanha, Itália e Áustria-Hungria); impôs à Alemanha a entrega de territórios e armamentos e o pagamento de uma indenização bilionária (sendo que a dureza dessas cláusulas relacionadas à assunção de culpa pela Alemanha, aliada à fraqueza na exigência do cumprimento delas, abriu caminho para que ressurgisse o militarismo alemão, agora mais ostensivo do que nunca); bem como criou duas organizações internacionais, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho – são essas duas organizações, criadas pelo Tratado de Versalhes, que são apontadas como antecedentes da internacionalização dos direitos humanos.

A respeito da Liga das Nações, destaca-se:

Quando do final da Primeira Guerra Mundial, acreditava-se que os princípios liberais democráticos haviam triunfado de uma vez por todas e que não aconteceria outro evento semelhante. Neste ideal que foi formada a Liga das Nações. Mas os inúmeros tratados e compromissos firmados fora do âmbito da Liga das Nações já mostravam a fraqueza da instituição, embora a princípio ela tenha correspondido às esperanças depositadas. Ocorre que a Liga das Nações promoveu o isolamento de grandes países como a Rússia (numa fase inicial), além de fundar-se num tratado internacional altamente prejudicial a países perdedores da guerra como a Alemanha. Não obstante, os Estados Unidos nunca apoiaram a Liga das Nações, o que fez com que ela tivesse pouco ou nenhum poder no âmbito das Américas. [...]Após o final da Segunda Guerra Mundial percebeu-se que o objetivo da Liga das Nações não tinha sido atingido e a organização estava fadada ao fracasso. A Liga das Nações funcionou de 1920 a 1946, dissolvida na sua 21ª sessão e tendo seus bens transferidos à ONU, encerradas as contas da comissão de liquidação em 1947. 67

Embora a Liga das Nações tenha sido dissolvida, é nela que se encontra o embrião do que veio a ser a Organização das Nações Unidas.

Inclusive, um dos órgãos a ela vinculados, a Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI, remanesceu na ONU, embora com novo estatuto e nova nomenclatura, qual seja, Corte Internacional de Justiça – CIJ. Da mesma forma, a organização especializada a ela vinculada permanece até os dias de hoje e é considerada, em si, como um antecedente da internacionalização dos direitos humanos, qual seja a Organização Internacional do Trabalho – OIT.

A OIT foi a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores. Além disso, é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações). As convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião.

Na primeira Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1919, a OIT adotou seis convenções. A primeira delas respondia a uma das principais reivindicações do movimento sindical e operário do final do século XIX e começo do século XX: a limitação da jornada de trabalho a 8 diárias e 48 semanais. As outras convenções adotadas nessa ocasião referem-se à proteção, à maternidade, à luta contra o desemprego, à definição da idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria e à proibição do trabalho noturno de mulheres e menores de 18 anos. Com efeito, a OIT foi a primeira organização internacional bem-sucedida, constituindo exemplo para futuras organizações internacionais.

### **8.3 Vertentes de proteção da pessoa humana**

A finalidade premente dos direitos humanos é a proteção da pessoa humana em todos aspectos inerentes à sua dignidade. Nesse sentido, há

diversas vertentes para as quais pode se direcionar a proteção da pessoa humana.

Uma delas, que envolve os direitos humanos em sentido estrito, é denominada direito internacional dos direitos humanos, correspondendo ao estudo predominante da disciplina de direitos humanos. Em suma, envolve a proteção ampla da pessoa humana em todos seus atributos. Essa vertente abrange aspectos das outras duas vertentes de proteção, embora não se negue a elas algum caráter específico e autônomo – tanto que a doutrina as aponta como vertentes autônomas.

As outras duas vertentes correspondem ao direito humanitário e ao direito dos refugiados. Ambas contam com objetos de proteção da pessoa humana específicos, isto é, buscam proteger a pessoa humana em certo contexto. O direito humanitário busca a proteção da pessoa humana nas situações de conflito armado ou de guerra; enquanto o direito dos refugiados se volta à proteção da pessoa humana nas situações de asilo, quando se refugia para outro país, em fuga de seu próprio, em razão de riscos à sua segurança. Essas vertentes também se relacionam, porque uma das principais consequências da guerra, com a qual se ocupa o direito humanitário, é o refúgio da população local, objeto do direito dos refugiados.

Logo, todas as três vertentes de proteção estão relacionadas, se complementam, não se excluem, podendo se fazer presentes simultaneamente em algumas situações. Nesse sentido, aponta Cançado Trindade:

Uma revisão crítica da doutrina clássica revela que esta padeceu de uma visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana - direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados, em grande parte devido a uma ênfase exagerada nas origens históricas distintas dos três ramos (no caso do direito internacional humanitário, para proteger as vítimas dos conflitos armados, e no caso do direito internacional dos refugiados, para restabelecer os direitos humanos mínimos dos indivíduos

ao sair de seus países de origem). As convergências dessas três vertentes que hoje se manifestam, a nosso modo de ver, de forma inequívoca, certamente não equivalem a uma uniformidade total nos planos tanto substantivo como processual; de outro modo, já não caberia falar de vertentes ou ramos da proteção internacional da pessoa humana. 68

Uma corrente doutrinária mais recente admite a interação normativa acompanhada de uma diferença nos meios de implementação, supervisão ou controle em determinadas circunstâncias, mas sem com isto deixar de assinalar a complementaridade das três vertentes.

[...] Nem o direito internacional humanitário, nem o direito internacional dos refugiados, excluem a aplicação concomitante das normas básicas do direito internacional dos direitos humanos. As aproximações e convergências entre estas três vertentes ampliam e fortalecem as vias de proteção da pessoa humana.

Todas as três vertentes de proteção da pessoa humana foram concebidas nas origens dos sistemas de proteção e sofreram substanciais modificações e redirecionamentos ao longo das décadas que seguiram, especialmente diante de situações críticas e violações sistemáticas.

Assim, as três vertentes de proteção tiveram que se adaptar ao cenário internacional, ao mesmo tempo em que foram se consolidando e se aperfeiçoando. Nesse cenário, em que pesem os atentados que ocorreram e ainda ocorrem contra suas normas, permanecem válidos os princípios basilares das três vertentes de proteção da pessoa humana.

Neste sentido, no direito humanitário se intensifica a preocupação com guerras civis, rompendo com a sua clássica aplicação a conflitos internacionais ou mistos; no direito dos refugiados surgem polêmicas crescentes quanto a pedidos de asilo não mais motivados por perseguições políticas, religiosas, sociais ou afins, mas sim pela busca de sobrevivência

fora de zonas de guerra ou de extrema miséria; no direito internacional dos direitos humanos cada vez mais se rumo a uma ampliação do acesso da sociedade civil aos sistemas de proteção, retirando os Estados e as organizações internacionais do protagonismo absoluto no cenário de proteção destes direitos. Compreender a nova dinâmica das vertentes de proteção da pessoa humana é tarefa árdua, mas não há desafio algum em reconhecer que os princípios inaugurais norteadores de cada uma delas permanecem válidos e devem ser implementados para que se propicie a adequada proteção da pessoa humana.

#### **8.4 Direito Internacional dos Direitos Humanos**

A Segunda Guerra Mundial teve fim em 1945, após uma sucessão de falhas alemãs e a detonação das bombas de Hiroshima e Nagasaki. Quando foram abertos os campos de concentração que se constatou o quão graves e extensas haviam sido as violações de direitos humanos cometidas pelos nazistas e seus aliados. Neles se encontravam milhares de prisioneiros famintos, brutalizados e doentes, em meio a milhares de corpos de vítimas de perseguição do regime.

Algumas constatações pareciam necessárias com vistas a seguir adiante num caminho de paz. Primeiramente, a de que o Estado de Direito não é suficiente para garantir o respeito a direitos básicos do homem, uma vez que ele mesmo pode se deturpar e permitir a ascensão de um regime totalitário, que utilize a própria lei para fundamentar suas barbáries, de forma que se faz necessário um resgate de valores como conteúdo obrigatório da norma jurídica.

Os graves eventos que ocorreram durante a guerra baseados no ideário positivista, notadamente o extermínio de milhões de civis, numa ideologia antissemita positivada no ordenamento jurídico do país que autorizava tais atos, fez com que este arcabouço teórico caísse por terra.

Passou a ser necessário o resgate do conteúdo moral no Direito, deixando claro que existem direitos inerentes ao homem que não podem ser violados (pressupostos da lei natural). Nota-se a preocupação com a garantia da igualdade entre todos os seres humanos, repudiando todo e qualquer ideário racista, bem como remetindo aos atos de desrespeito aos direitos humanos que evidenciam a necessidade de garantir um conteúdo ético mínimo ao Direito.

O reconhecimento de que o Direito deveria ter um mínimo ético obrigatório impõe o retorno às ideias basilares do jusnaturalismo, notadamente sob a perspectiva de que a toda pessoa, em qualquer lugar e a qualquer tempo, deveriam ser garantidos direitos inatos à sua condição humana. Sob esse ideário humanista que se inspiraram as iniciativas posteriores à Segunda Guerra Mundial.

Para além do reconhecimento de que o positivismo era insuficiente para assegurar que não se instituíssem regimes autoritários que atentassem contra a pessoa humana, tomou forma outra constatação: a de que era preciso instituir um sistema efetivo para evitar que situações como a da Segunda Guerra Mundial se repetissem, assegurando a paz e a proteção da pessoa humana em todo mundo.

Nesse sentido, embora tenham sido insuficientes os resultados da Liga das Nações, já se percebia em iniciativas como a Cruz Vermelha e a OIT, bem como diante de interações diplomáticas bem-sucedidas no curso da guerra, que era positiva a interação entre Estados com o objetivo comum de manutenção da paz e defesa de direitos, especialmente por possibilitar alguma uniformização de condutas e maior ostensividade

protetiva. Assim, fundou-se a Organização das Nações Unidas – ONU.

### **8.5 Conferência de São Francisco e Fundação das Nações Unidas**

A Organização das Nações Unidas foi instituída com a Carta das Nações Unidas de 1945, resultado da Conferência de São Francisco, oficialmente denominada Conferência das Nações Unidas para a Organização Internacional, a qual estava aberta às Nações Unidas que lutaram contra as potências do Eixo (Japão, Itália e Alemanha). A Conferência foi idealizada pelos líderes das três potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial: pelo Reino Unido, Churchill; pela União Soviética, Stalin e pelos Estados Unidos, Roosevelt.

O novo organismo somente seria eficaz caso contasse com a aprovação das grandes potências. No entanto, ele não poderia restringir-se tão somente aos grandes Estados, pois seria o oposto ao espírito universalista apresentado como base da nova organização internacional<sup>72</sup>.

Afinal, a experiência da Liga das Nações já havia mostrado que sem cooperação internacional e sem garantia de participação do maior número de países do globo a nova Organização estaria fadada ao insucesso.

Em síntese, os objetivos da Organização das Nações Unidas eram manter a paz e a segurança internacionais e promover relações de amizade entre as nações, cooperação internacional e respeito aos direitos humanos<sup>73</sup>. Nesse sentido, “até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em Direito Internacional Público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos”<sup>74</sup>. Por isso mesmo, a doutrina é pacífica em afirmar que o primeiro marco da internacionalização dos direitos humanos foi a instituição da Organização das Nações Unidas, em 1945.

A Carta da ONU entrou em vigor no dia 24 de outubro de 1945, quando foram depositados os instrumentos de ratificação dos membros permanentes do Conselho de Segurança e da maioria dos outros



signatários. Após esse acontecimento, muitos países ingressaram na ONU, inclusive aqueles que originalmente não participaram da Conferência de São Francisco, por não serem considerados “amantes da paz”. Assim, os membros podem ser divididos entre originários e admitidos, não havendo diferenças entre direitos e deveres em relação a eles<sup>75</sup>.

O segundo marco da internacionalização dos direitos humanos foi a realização do Tribunal de Nuremberg, entre 20 de novembro de 1945 e 1º de outubro de 1946, com o propósito de julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a guerra. Foram julgados 199 homens, 21 deles líderes nazistas, por crimes contra a humanidade. As defesas dos réus circundavam todas o princípio da legalidade, no sentido de que todos os atos foram praticados no cumprimento de ordens superiores que, diante do ordenamento jurídico local, eram válidas.

O argumento do respeito ao princípio da legalidade caiu por terra diante da teoria de direitos humanos que se formava em definitivo na ordem internacional. Entendeu-se que certos atos são um ultraje tão intenso à consciência humana que nenhuma pessoa racional poderia cometê-los em plena ciência de sua ilegalidade. Assim, seria verdadeiro

dever jurídico, não apenas moral, se opor à lei que atente contra a pessoa humana.

Críticas apontam que o Tribunal de Nuremberg se configurou como tribunal de exceção. De fato, em termos de caracteres de um tribunal de exceção – criado para uma situação específica e para julgar pessoas determinadas após ocorrência dos fatos julgados – há enquadramento do Tribunal de Nuremberg. Mas isso basta para defender sua nulidade? Defende-se que não. Afinal, seria muito mais grave deixar fatos de tamanha gravidade sem julgamento. Embora questionável a via eleita, era a única possível naquela situação e, logo, válida.

Para evitar controvérsias futuras nas situações em que se mostrasse necessário o julgamento de acusados de crimes contra a humanidade no âmbito internacional, foi instituído o Tribunal Penal Internacional com o Estatuto de Roma de 1998. Assim, não mais é preciso instituir um tribunal internacional após eventos que justifiquem o julgamento de um acusado no âmbito internacional. Por isso mesmo, entende-se que com o Estatuto de Roma houve ampliação do rol de sujeitos de direito internacional, que não mais seria composto apenas pelos Estados, organizações internacionais e entes sui generis, mas também pela pessoa humana – agora não somente titular de direitos, mas também sujeito de obrigações.

### **8.6 Direitos da pessoa humana**

O terceiro marco da internacionalização dos direitos humanos foi a afirmação dos direitos inatos à pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal foi o primeiro e principal documento declaratório de direitos humanos internacionais da história, conferindo fundamento para todo o sistema de proteção que se estruturou posteriormente.

A Carta da ONU de 1945 indica as primeiras linhas dos direitos da pessoa humana ao afirmar, já no preâmbulo do documento, “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”. Sendo assim, embora a ONU tenha se fundado com o propósito de proteger direitos humanos fundamentais e tenha reconhecido, desde logo, a dignidade humana e a igualdade de direitos entre todas as pessoas, não chegou a delimitar desde o início quais seriam esses direitos que pretendia assegurar.

Apenas em 1948, numa das reuniões da Assembleia Geral, foi aprovada a Resolução nº 217, com a Declaração Universal dos Direitos

Humanos em seu conteúdo. Além de delimitar conteúdos relacionados aos princípios gerais sobre os quais se fundou a ONU, a Declaração também se inspirou nos fundamentos filosóficos do direito natural e nas declarações de direitos nacionais que se firmaram ao longo da história de emergência dos direitos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos volta-se à proteção de toda e qualquer pessoa humana, bastando a condição de ser humano para ser titular desses direitos, tanto é que são universais. Assim, não protege um grupo ou categoria específica, mas todo ser humano. A Declaração de 1948 é um documento que faz parte do sistema geral de proteção ou, melhor dizendo, o inaugura.

### **8.7 Direito das minorias**

Além do sistema geral de proteção, voltado a toda e qualquer pessoa humana, a ONU também estrutura um sistema especial de proteção, voltado às minorias e aos grupos vulneráveis. “Minoria”, neste sentido, pode ser vista como uma categoria relacional correspondente a todo grupo social que possua traços relativamente indelévels cujos membros não possuem condições de fundirem-se em uma população homogênea e nela plenamente se adaptar. Isso pode ocorrer por peculiaridades étnicas, linguísticas, religiosas ou culturais que não sejam compartilhadas pela maior parte da sociedade, o que demonstra que o conteúdo semântico da denominação “minorias” somente pode ser obtido contextualmente, ou seja, o que é minoria numa sociedade poderá não o ser em outras. A categorização jurídica de uma minoria depende não do sujeito em si, mas da posição jurídica ocupada por ele na sociedade. A criação do conceito de minorias remete ao clássico direito internacional público, mas toma novos rumos no direito internacional dos direitos humanos.

[...] Com efeito, o direito das minorias é apontado como uma subvertente de proteção, dentro da vertente do direito internacional dos direitos humanos<sup>76</sup>.

Não existe incompatibilidade entre a proteção geral dos direitos humanos e a criação de um sistema de proteção de minorias. Afinal, sem igualdade material não há efetividade de direitos. Nesse sentido, é preciso assegurar proteção específica às categorias marginalizadas, sendo esse o propósito do sistema de minorias.

### **9 Direito humanitário**

A segunda vertente de proteção da pessoa humana se volta a um contexto específico, buscando protegê-la no contexto dos conflitos de guerra. A pretensão do direito humanitário é “humanizar a guerra”, no que se refere às armas utilizadas e ao tratamento de civis e feridos.

O direito humanitário é o corpo de normas jurídicas de origem convencional ou consuetudinária (costumeira) que se aplica aos conflitos armados e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, evitando que sejam afetadas as pessoas e os bens legalmente protegidos.

Isto é, o direito internacional humanitário regulamenta as situações de conflito armado, com o intuito de proteger ao máximo os envolvidos – direta (militares) ou indiretamente (civis e outros) – no conflito, minimizando os seus danos. Também é conhecido pelo nome de direito dos conflitos armados, nomenclatura muito utilizada no âmbito da Organização das Nações Unidas mas que talvez não reflita todo o seu objeto de proteção.

[...]A peculiaridade do direito humanitário é que ele não proíbe a guerra ou o atentado contra a vida e a saúde dos que estão no campo de batalha, mas sim cria regras para que isso ocorra de uma maneira menos brutal<sup>77</sup>.

É adequado algum ceticismo quanto a esta vertente protetiva, questionando-se se é, de fato, possível “humanizar o desumano”, ainda mais com as tecnologias criando novos armamentos, cada vez mais violentos e danosos, como é o caso de armas biológicas. Sem prejuízo, a efetividade do direito humanitário esbarra nas dificuldades de interferir em conflitos armados em certas zonas, como é o caso da faixa de Gaza.

O ceticismo quanto ao direito humanitário é, assim, justificável pela ferocidade da guerra e pela fragilidade dos mecanismos de controle da implementação desse ramo do Direito. Originalmente, o direito humanitário surge numa organização privada sem fins lucrativos de abrangência internacional, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), antes mesmo da internacionalização dos direitos humanos tomar forma. No entanto, futuramente encontrará direcionamentos na Organização das Nações Unidas. Atualmente, o direito humanitário é endereçado tanto pela Cruz Vermelha quanto pela ONU, de forma complementar.

### **9.1 Proteção no âmbito da Cruz Vermelha e o Direito de Genebra**

O direito humanitário se origina com a instituição do Comitê dos Cinco, organização humanitária suíça, com personalidade jurídica internacional, idealizada a partir da obra “Recordações de Solferino” de Henri Dunant. Posteriormente, o Comitê dos Cinco adota nova nomenclatura, ficando denominado Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Vale destacar que essa iniciativa antecede as tentativas estatais de instituir organizações internacionais, logo, o primeiro antecedente da internacionalização dos direitos humanos não foi promovido por Estados, mas pelo âmbito privado.

Ainda assim, a atuação da Cruz Vermelha e a normatização por ela promovida não ocorrem em deslocamento com relação ao Estado. Afinal,

os Estados aderem aos acordos e tratados propostos em seu âmbito, desempenhando para com a Cruz Vermelha relações de natureza diplomática.

A sede da Cruz Vermelha fica em Genebra, na Suíça, razão pela qual as normativas que foram elaboradas em seu âmbito compõem o chamado Direito de Genebra. Essencialmente, tais normas são as denominadas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais.

A respeito delas, comentam Oliveira e Lazari:

- a) Convenção de Genebra I (1864): protege feridos e doentes das forças armadas em campanha, conferindo neutralidade às ambulâncias e hospitais e prevendo um tratamento imparcial de todos os envolvidos nas atividades médico-hospitalares com liberdade de trânsito.

A respeito, “os estabelecimentos fixos e as formações sanitárias móveis do serviço de saúde não poderão em qualquer circunstância ser objetivo de ataque, antes deverão ser sempre respeitados e protegidos pelas Partes no conflito” (artigo 19). No mais, “os transportes de feridos e doentes ou de material sanitário serão respeitados e protegidos do mesmo modo que as formações sanitárias móveis” (artigo 35). Ainda, “os militares feridos ou doentes serão recolhidos e tratados, qualquer que seja a nação à qual pertençam” (artigo 3º).

- b) Convenção de Genebra II (1906): protege feridos, doentes e náufragos das Forças Armadas no mar, destacando-se a previsão de seu artigo 12:

Os membros das forças armadas e as outras pessoas mencionadas no artigo seguinte que se encontrarem no mar e que forem feridos, doentes ou náufragos deverão ser respeitados e protegidos em todas as circunstâncias, entendendo-se que o termo “naufrágio” será aplicável a qualquer naufrágio, quaisquer que sejam as circunstâncias em que o mesmo se tenha dado,

incluindo a amaragem forçada ou a queda no mar. Os mesmos serão tratados e cuidados com humanidade pela Parte no conflito que os tiver em seu poder, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada no sexo, raça, nacionalidade, religião, opiniões políticas ou qualquer outro critério análogo. É estritamente interdito qualquer atentado contra as suas vidas e as suas pessoas e, em especial, assassiná-los ou exterminá-los, submetê-los a torturas, utilizá-los na realização de experiências biológicas, deixá-los premeditadamente sem assistência médica ou sem tratamento ou expô-los a riscos de contágio ou de infecção criados para tal efeito. Somente razões de urgência médica autorizarão prioridade na ordem dos tratamentos a administrar. As mulheres serão tratadas com as deferências especiais devidas ao seu sexo.

- c) Convenção de Genebra III (1929): trata dos prisioneiros de guerra, abordando não apenas a proteção destes prisioneiros, como também a questão do cativo – seu início, a internação dos prisioneiros de guerra, o trabalho e os recursos pecuniários desses, a relação com o mundo exterior e com as autoridades, seu fim, o repatriamento direto e a concessão de hospitalidade em países neutros, a liberação ao fim das hostilidades e as providências em caso de morte dos prisioneiros. Merece destaque o artigo 13 da Convenção:

Os prisioneiros de guerra devem ser sempre tratados com humanidade. É proibido, e será considerado como uma infração à presente Convenção, todo o ato ou omissão ilícita da parte da Potência detentora que tenha como consequência a morte ou ponha em grave perigo a saúde de um prisioneiro de guerra em seu poder. Em especial, nenhum prisioneiro de guerra poderá ser submetido a uma mutilação física ou a uma experiência médica ou científica de qualquer natureza que não seja justificada pelo tratamento médico do prisioneiro referido e no seu interesse. Os prisioneiros de guerra devem também ser sempre protegidos, principalmente contra todos os atos de violência ou de intimidação, contra os insultos e a curiosidade pública. São proibidas as medidas de represália contra os prisioneiros de guerra.

- d) Convenção de Genebra IV (1949): aborda o tratamento da população civil, merecendo destaque o artigo 14:

Desde o tempo de paz, as Partes contratantes e, depois do início das hostilidades, as Partes no conflito, poderão estabelecer no seu próprio território e, se houver necessidade, nos territórios ocupados, zonas e localidades sanitárias e de segurança organizadas de modo a proteger dos efeitos da guerra os feridos e os doentes, os enfermos, os velhos, as crianças com menos de 15 anos, as mulheres grávidas e as mães de crianças com menos de 7 anos. Desde o início de um conflito e no decorrer das hostilidades, as Partes interessadas poderão concluir entre si acordos para o reconhecimento das zonas e localidades que tiverem estabelecido. Poderão para este efeito pôr em execução as disposições previstas no projeto de acordo apenso à presente Convenção, introduzindo as alterações que eventualmente considerem necessárias. As Potências protetoras e a Comissão Internacional da Cruz Vermelha são convidadas a prestar os seus bons ofícios para facilitar o estabelecimento e o reconhecimento destas zonas e localidades sanitárias e de segurança.

A Convenção aborda, ainda, o estatuto e tratamento das pessoas protegidas, conferindo proteção ao direito de saída do território em conflito e reforçando o dever de tratamento humanitário com relação às pessoas que se encontrem em território ocupado, bem como colacionando regras relativas ao tratamento de internados e aos departamentos e agência central de informações.

- e) Protocolo Adicional I (1977): amplia o conceito de conflito armado internacional, incorporando aqueles em que se luta contra regimes de dominação colonial ou racistas. Neste sentido, o artigo 1º, 2, coloca que “nos casos não previstos no presente Protocolo ou em outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes permanecem sob a proteção e o domínio dos princípios do Direito Internacional derivado dos costumes estabelecidos, dos princípios de humanidade e dos ditames da consciência pública”.
- f) Protocolo Adicional II (1977): aplica princípios das Convenções (artigo 3º comum) a conflitos armados internos, quando esses ocorrerem devido à atuação de grupos armados organizados (ou forças armadas dissidentes) que controlem, de maneira organizada, alguma parte do território (artigo 1º, 1). Contudo, pelo artigo 1º, 2, o Protocolo “não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas, tais como



motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados”.

- g) Protocolo Adicional III (2005): aborda a questão da adoção de novo emblema distintivo – além da cruz vermelha, passa-se a adotar o cristal vermelho (quadrado de bordas vermelhas e fundo branco posicionado de maneira inclinada).

O Direito de Genebra se preocupa com situações de conflito armado, mas não traz regras aplicáveis a todas elas. O artigo 2º comum às Convenções de Genebra destaca que as normas das Convenções de Genebra não se aplicam aos conflitos armados não internacionais, isto é, em que se verifica violência armada prolongada dentro de um Estado. Aplica-se, assim, a conflitos internacionais – hostilidades entre Estados, envolvendo uma ocupação total ou parcial – e mistos – conflito interno com uma participação estrangeira.

O Estado envolvido deve ser signatário da Convenção ou, caso não seja, ao menos concordar com o respeito de suas normas naquela situação. Especialmente no caso de clássicos conflitos internacionais, com dois ou mais Estados envolvidos, cabe guiar-se pelo princípio da reciprocidade. Assim, se uma potência não signatária se recusar a cumprir as disposições, abre-se a possibilidade para que a potência signatária deixe de aplicar a Convenção plenamente, com exceção das normas gerais.

Estas normas gerais são as previstas no artigo 3º, comum às Convenções:

No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Potências contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar pelo menos as seguintes disposições:

- 1) As pessoas que tomem parte diretamente nas hostilidades, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com

humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas: a) As ofensas contra a vida e integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios; b) A tomada de reféns; c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados. 2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito. As Partes no conflito esforçar-se-ão também por em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção. A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.

Existem, assim, regramentos mínimos que se impõem a todo conflito armado, inclusive os de ordem nacional, como guerras civis, ou ainda conflitos internacionais ou mistos que envolvam partes não signatárias das Convenções. Entretanto, há dificuldades para se coagir a aplicação dessas regras, o que induz o questionamento sobre a eficiência das normas de direito humanitário.

## **9.2 Proteção no âmbito da ONU e o Direito de Nova York**

Um dos propósitos das Nações Unidas é a manutenção da paz, sendo que o Conselho de Segurança age em nome dos demais membros da ONU em prol desse propósito. Contudo, também a Assembleia Geral pode adotar resoluções sobre a temática, construindo-se assim o Direito de Nova

York, que recebe a nomenclatura porque a sede das Nações Unidas fica em Nova York.

A respeito, destaca-se a Resolução nº 2444 (XXIII) sobre o “Respeito dos direitos humanos em período de conflito armado”, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1968. Tal como a Cruz Vermelha, a ONU considera como princípios basilares do direito humanitário:

A limitação do direito das partes num conflito armado de adotar meios de afetar o inimigo; a proibição de lançar ataques contra as populações civis; e o dever de distinção entre as pessoas que participam nas hostilidades e os membros da população civil, poupando os segundos na medida do possível. Não obstante, fixa-se na mencionada Resolução o compromisso do Secretário-Geral da Organização de permanecer em contato e colaboração com a Cruz Vermelha e pede-se que os Estados-membros da Organização das Nações Unidas assumam compromissos no campo do direito humanitário.

## **10 Direito dos refugiados**

O Direito dos Refugiados ocupa-se das situações de requisição de asilo, ou seja, protege as pessoas que buscam refugiar-se em outros países porque sofrem perseguição em seu país de origem, notadamente por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou mesmo em decorrência de conflitos armados ostensivos que inviabilizam a permanência segura de civis nacionais no território de guerra.

Tal perseguição não pode ter motivos legítimos, como a prática de crimes comuns ou de atos atentatórios aos princípios das Nações Unidas, o que subverteria a própria finalidade desta proteção. Em suma, o que se pretende com o direito de asilo é evitar a consolidação de ameaças a direitos humanos de uma pessoa por parte daqueles que deveriam protegê-los – isto é, os governantes e os entes sociais como um todo –, e não proteger pessoas que justamente cometeram tais violações.

Quando o asilo é concedido, o solicitante adquire o status de refugiado, o qual é definitivo, não temporário (significa que se o conflito que deu origem à fuga se encerrar, a pessoa não poderá ser devolvida ao território de origem).

Além disso, o asilo deve ser pensado não apenas como um direito da pessoa humana, mas também como um dever dos Estados. Prova disso é a consagração do princípio da proibição do rechaço non-refoulement – que obriga o Estado que recebe a solicitação de asilo a concedê-lo se confirmados os seus requisitos. Nos termos da regra, “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas” (artigo 33, §1º, Estatuto dos Refugiados).

Quando um Estado concede asilo, não apenas deve recepcionar o refugiado em seu território nacional, mas também deve oferecer um aparato de proteções que permita a ele inserir-se na vida em sociedade de maneira adequada, não apenas no sentido de assegurar direitos da mesma forma que o são aos nacionais, mas também de impor deveres (artigo 2º, Estatuto dos Refugiados).

Embora a proteção de refugiados seja uma parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos, inclusive com a normativa centralizada na ONU, a doutrina afirma sua autonomia enquanto vertente de proteção da pessoa humana, considerando que a situação de refúgio impõe uma proteção específica a ela.

### **10.1 Estatuto dos Refugiados**

O regime contemporâneo do direito dos refugiados remete às negociações decorrentes da Segunda Guerra Mundial, que levaram à adoção da

Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951, e de seu Protocolo Facultativo, de 18 de novembro de 1967.

O Estatuto dos Refugiados impõe limitações temporais e geográficas para que uma pessoa possa ser considerada refugiada. Contudo, o Protocolo amplia tal perspectiva devido a eventos da história recente, de forma a incorporar situações de refúgio em que se detecte a fuga em massa de pessoas em busca de condições de vida melhores (por exemplo, refugiados de países africanos que passavam fome e necessidade em sua terra natal) ou de um ambiente pacífico livre de conflitos armados e guerras civis (como é o caso do conflito sírio ou do conflito venezuelano).

Essencialmente, assegura-se o direito de ser tratado no exercício de direitos nas mesmas circunstâncias que seria uma pessoa que não estivesse na condição de refugiada (artigo 5º). Como consequência, devem ser estendidos direitos a: não discriminação (artigo 3º), liberdade de religião (artigo 4º), não adoção de medidas excepcionais com base no exclusivo argumento da condição de refúgio (artigo 8º), continuidade de residência (artigo 10), propriedade (artigo 13), propriedade intelectual (artigo 14), associação (artigo 15), acesso à justiça (artigo 16), trabalho (artigos 17 a 19), assistência social, moradia e saúde (artigos 20 a 24).

Embora o Estatuto dos Refugiados seja o principal diploma da vertente do direito dos refugiados, existem outros documentos internacionais disciplinando a matéria: Declaração Universal de 1948, Quarta Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra de 1949, Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas de 1954, Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro de 1956, Convenção sobre a Redução da Apatridia de 1961 e Declaração das Nações Unidas sobre a Concessão de Asilo Territorial de 1967.

Além do Estatuto dos Refugiados, a instrumentalização dessa área de proteção da pessoa humana se deu com a criação do Alto Comissariado

das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). O ACNUR foi constituído em dezembro de 1950 para assistir, entre outros, os refugiados que esperavam para retornar aos seus países de origem no final da Segunda Guerra Mundial. Ao longo de sua história, o ACNUR auxiliou dezenas de milhões de pessoas a recomeçarem suas vidas em países estrangeiros, concedentes de asilo. Pela relevância de seu trabalho, recebeu por duas vezes o Nobel da Paz (1954 e 1981).

## **10.2 Alterações recentes no movimento de refugiados**

Em suas origens, o movimento de refugiados indica ondas de pessoas que se deslocam do país de origem para outro por sofrerem no país de origem uma perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Contudo, com o passar dos anos, o perfil de refugiados passou por alterações, sendo prova disso a ampliação conceitual propiciada pelo Protocolo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. O perfil seguiu mudando nas décadas seguintes e, recentemente, dois casos chamam atenção para indicar uma ruptura paradigmática nesse âmbito: o sírio e o venezuelano.

Quanto ao caso sírio, em 2011 despontaram os protestos a partir dos quais se intensificaram as tensões sociais na Síria, eclodindo uma severa guerra civil, cuja solução por meios diplomáticos tem se mostrado cada dia mais inviável e em relação a qual os embargos econômicos tem se mostrado insuficientes. O aumento da morte de civis tem levado milhões de sírios a fugirem do país e a buscarem asilo em países vizinhos. Contudo, o número de refugiados é muito elevado e nem todos os países estão sendo receptivos em recebê-los.

O caso sírio mostra que o perfil de refugiados mudou em relação ao contexto clássico pelo qual a questão sempre foi analisada. A perseguição não é feita a grupos específicos dentro do país, verificando-se, na verdade,

uma exposição geral da população síria ao risco de morte iminente devido à incessante guerra civil.

De forma semelhante, eclodiu a crise de refugiados da Venezuela, que origina-se numa crise política e econômica do governo de Nicolás Maduro. A crise atingiu a população civil e consolidou uma crise humanitária, em especial diante da escassez de alimentos, de medicamentos e de itens básicos de higiene, transformando o país num dos mais pobres e violentos do mundo.

O que se denomina fluxo transnacional de pessoas seriam os movimentos de refúgio em massa que estão cada vez mais recorrentes no cenário mundial. Tais movimentos se originam em crises humanitárias instituídas em território nacional que impulsionam a população a se dirigir para as fronteiras do país, buscando asilo no país vizinho. Entretanto, mostra-se impossível impor uma simples solução, que seria o dever estatal de conceder asilo em razão do princípio da proibição do rechaço.

Na Venezuela, o número estimado de refugiados chegou a 4 milhões, o segundo maior grupo de deslocados do mundo, atrás, apenas, da Síria, com 5,6 milhões de refugiados. Seria materialmente impossível obrigar que os países de fronteira direta acolhessem todas essas pessoas, pura e simplesmente, razão pela qual é essencial que ocorra uma intervenção para determinar os rumos dos recebimentos, mediante negociações diplomáticas, impedindo que concentrações de refugiados em locais não estruturados para recebê-los gere um cenário de violência e violação de direitos humanos fundamentais dos refugiados e da população local. Sem prejuízo, devem ser tomadas medidas de cooperação internacional para permitir a colaboração geral de todos os Estados com relação às crises de refugiados<sup>84</sup>.

Reconhece como asilados, com justificativa de que foram desastres naturais, mais precisamente o terremoto do ano de 2010 que deixou mais

de 300.000 mortos e afetou as estruturas do país, que levaram a população do Haiti a se deslocar para o Brasil. Logo, tecnicamente, os haitianos não são refugiados, mas sim migrantes e, por isso, não podem requerer asilo. Entretanto, podem solicitar visto humanitário, regulado pelas Resoluções do CONARE nº 97/2012 e nº 17/2013, e a autorização de residência para fins humanitários, conforme Portaria Interministerial nº 10/2018. O visto humanitário, seguido de autorização de residência, possui prazo fixado, o qual pode ser prorrogado – difere-se, neste ponto, do asilo, que tem caráter permanente.

### **Considerações finais**

Os direitos humanos compõem, na atualidade, uma área desafiadora de estudos ao profissional do direito. Temas envoltos à questão são inúmeros e, em meio a eles, parece cada dia mais comum a invocação de um discurso vazio que utiliza esses direitos como argumento que justifique qualquer ato favorável a uma ou a outra corrente política. A apropriação do discurso dos direitos humanos em reportagens midiáticas sensacionalistas e tendenciosas, ou em protestos cuja tendência político-partidária é evidente, é demérito a esses próprios direitos e ao papel fundamental que desempenham na sociedade contemporânea.

Direitos humanos não são pauta de um grupo específico, de direita ou de esquerda, mas parte fundamental que instrumentaliza a legítima luta por uma existência humana digna. Contudo, a compreensão crítica dos direitos humanos sem perder de vista o seu propósito essencial, que é a ampla proteção da pessoa humana, apenas é possível com o devido embasamento teórico.

Nesta unidade pretendeu-se apresentar ao acadêmico as primeiras linhas sobre o que são os direitos humanos e como eles se construíram ao longo da história, assim como o papel do Estado nesse contexto. Direitos



humanos não podem servir como muleta para atos que atentem contra estruturas fundamentais pelas quais o Estado deve zelar, como segurança pública, segurança social, bem comum, liberdade e existência digna. Nesse sentido, não podem ser usados como forma de deturpação de si mesmos e nem interpretados para favorecer o seu enfraquecimento.

Alheios a pautas ideológicas, os direitos humanos fundamentais pairam sobre a história da humanidade e de sua interação com o Estado, envoltos nas lutas pela liberdade, pela igualdade e pela fraternidade – derrocando abusos de poder político e econômico e chamando ao dever de zelo pelos direitos inatos à condição humana.

Estruturados teoricamente e sistemicamente, os direitos humanos, hoje, parecem brigar pela efetividade, mais que pelo reconhecimento. Cenários recentes de desrespeito e violação sistêmica de direitos humanos tomam forma, especialmente quando se volta o olhar para as vertentes de proteção da pessoa humana do direito humanitário e do direito dos refugiados. São em momentos delicados, como o das crises humanitárias na Síria e na Venezuela, que o estudo dos direitos humanos, em busca de alternativas diplomáticas e jurídicas, se mostra determinante.

## **Referências**

5 PONTOS PARA ENTENDER A CRISE NA VENEZUELA. Exame, 17 maio 2019.

BARSA Nova Enciclopédia. Macropédia. São Paulo: Barsa Consultoria Editorial Ltda., 2001 (versão 2.0 em CD).

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Penal n. 470. Relator: Joaquim Barbosa. Voto: Celso de Mello. Brasília, 18 de setembro de 2013. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 466.343-1. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 24 mar. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESTADOS UNIDOS. Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776. Disponível em: [http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao\\_vpport.html](http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vpport.html). Acesso em: 01 mar. 2021.

GARCIA, Bruna Pinotti. Crise constitucional decorrente das disparidades dos critérios de interpretação das normas de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal: direitos humanos como muleta argumentativa do intervencionismo judicial. In: LAZARI, Rafael de; BERNARDI, Renato (org.). Crise constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 143-162.

INGLATERRA. Petition of Rights, de 07 de julho de 1628.

INGLATERRA. Bill of Rights, de 1689.

LAZARI, Rafael de. Manual de direito constitucional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 335.

MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo editorial, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Leonel Itassu Almeida. John Locke e o Individualismo Liberal. In: WEFFORT, Francisco. (Org.) Os Clássicos da Política. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002, v. 1, p. 81-83.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do Direito. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Gustavo Bregalda. Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. Conheça a OIT. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. Manual de Direitos Humanos. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Os “novos” direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAULA, Bruna Vieira de. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direito internacional dos refugiados e o princípio do non-refoulement. Fronteira, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 31-65, jun. 2006.

PECK, Patrícia. Direito digital. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. In: GOMES, Luís Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PIOVESAN, Flávia. Artigo 40. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. Salvador: JusPodivm, 2021.

REZEK, J. F. Direito Internacional Público: curso elementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constituição mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil. Cuestiones constitucionales, México, n. 36, jan./jun. 2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social e Outros Escritos. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais? CONJUR, 13 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

SEITENFUS, Ricardo. Manual das organizações internacionais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SÓFOCLES. Édipo rei / Antígona. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados: Aproximações ou Convergências. In: COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. [s.n.], 2004. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

UMA BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS. A Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos (1791). Disponível em: <<https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-independence.html>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

## **Direito médico e ética médica**

Inicialmente precisamos conceituar o Direito Médico para poder adentrar em todos os ensinamentos que a relação direito e medicina nos propõe. Podemos dizer que o direito médico é uma área que já cresceu bastante e ainda se encontra em contínua expansão, sendo sua maior função voltada para a solução das demandas relacionadas com a saúde.

O objetivo do direito médico é impor aos envolvidos todos os direitos e deveres dos profissionais de saúde, assim como das instituições de saúde, do Poder Público e dos pacientes que tenham relação com a prestação de serviços de saúde. Através do direito médico, nós interpretamos todas as implicações sociais e jurídicas provenientes da atividade médica e de suas descobertas, proporcionando maior segurança aos envolvidos nessa relação.

Como sabemos, a judicialização da saúde está em constante crescimento com a chegada, cada vez maior, dos casos de direito médico ao Judiciário. Dessa forma, é importantíssimo que possamos estudar o direito médico, em busca da justiça, no campo da saúde.

Podemos aprender com Novo e Junior (2019) que o direito médico está fortemente atrelado à ética, palavra de origem grega, com duas significações possíveis. Uma corresponde a “costume”, a outra “propriedade do caráter”. A primeira serviu de base para a tradução latina de “moral”, enquanto a segunda é a que, de alguma forma, orienta a utilização atual que damos à palavra “ética”. A ética médica analisa o mérito, o risco e a preocupação social das atividades que envolvem a medicina, com atenção e minúcia para a moral no tempo e no espaço (NOVO, 2019).

Toda e qualquer profissão é controlada pelo Estado, que exige dos profissionais uma atuação moral, sempre baseada em algum código de ética, instrumento que possibilita a sua fiscalização. Nesses códigos, podemos encontrar as normas e as regras de conduta, que explanam direitos e deveres que os profissionais são obrigados a respeitar. No Brasil, as normas de ética profissional encontram-se no Código de Ética Médica determinado pelo Conselho Federal de Medicina, que possui sua versão mais recente no ano de 2019.

O Código conta com apoio dos Conselhos Regionais de Medicina para atuarem como órgãos fiscalizadores dessas resoluções estabelecidas. Em seu preâmbulo I, determina:

O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina (BRASIL, 1988).

O Código de Ética Médica é composto de 26 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais (BRASIL, 2019).

Devemos destacar também o importante papel da moral no direito médico. A moral caminha atrelada à ética, sendo mais antiga que esta, tendo em vista que todos possuem a consciência moral que nos leva a diferenciar o bem e o mal no contexto que vivemos. Já a ética busca investigar e explicar as normas, nos levando a agir não só por tradição, educação ou hábito, mas somado a esses, por convicção e por inteligência. A ética nos introduz em uma reflexão filosófica sobre a moral, justificando-a e buscando orientar racionalmente a vida humana.

Os maiores valores de um homem que é detentor de liberdade são a ética e a moral; ambas são formadas dentro de uma mesma realidade e possuem o significado de respeitar e venerar a vida.

Em todos os ramos e disciplinas vemos que há a necessidade de existência de uma ética aplicada, que proporcionará e determinará as especificidades provenientes de cada disciplina, buscando a melhor análise de cada situação no caso concreto. O objetivo da ética nas diversas profissões é fazer com que as pessoas compreendam que suas ações possuem consequências para si e para os outros.

### **1 Os princípios da saúde**

Devemos ressaltar que a ética profissional constitui-se pelos princípios da conduta humana, que são pilares para o exercício de uma profissão. Inicialmente precisamos mencionar que alguns desses princípios encontram-se no artigo 7º da lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, vejamos:

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;



- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
  - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
  - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (BRASIL, 1990).

Analisaremos os princípios básicos da ética médica que, como vimos, norteiam o comportamento das pessoas, tendo em vista que suas ações possuem consequências:

- a) Universalidade: esse princípio estabelece que todos os cidadãos brasileiros, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais, têm direito ao acesso, às ações e aos serviços de saúde.
- b) Equidade: esse princípio tem por objetivo diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, elas não são iguais e, por isso, tem necessidades distintas.
- c) Integralidade: esse princípio estabelece que o sistema de saúde deve estar preparado para ouvir o usuário, entendê-lo inserido em seu contexto social e, a partir daí, atender às suas demandas e necessidades.
- d) Não-maleficência: esse princípio estabelece que o médico deve estar qualificado para o atendimento e habilitado para a comunicação. Se preocupando com os

fatores objetivos e subjetivos, ou seja, deverá o médico falar só sobre o que sabe, só fazer o que está capacitado, ter respeito à própria autonomia, justificar a não aplicação de conduta diagnóstica, comunicar-se sobre o que está acontecendo e reivindicar infraestrutura adequada, buscando sempre tomar decisões que causem o menor dano ao seu paciente.

- e) Autonomia: esse princípio estabelece que o paciente é possuidor do direito de emitir sua opinião, rejeitar ou aceitar aquilo que for proposto pelo médico, podendo agir sempre livremente, voluntariamente ou esclarecidamente. Assim como os pacientes possuem autonomia, os médicos também possuem, tendo em vista que podem emitir sua opinião acerca do que for proposto pelo paciente, podendo rejeitar solicitações que sejam contrárias à sua consciência e ao seu conhecimento, devendo se resguardar de danos profissionais com seus atos.
- f) Beneficência: esse princípio estabelece o ato de praticar o bem para o outro, devendo todas as ações profissionais de saúde estarem de acordo com o melhor para o paciente, ou seja, majorar os benefícios e reduzir os prejuízos, assegurando que as técnicas aplicadas sejam sempre em busca do bem para o paciente.
- g) Justiça: esse princípio estabelece a equidade como condição essencial à medicina, dessa forma, reconhece imparcialmente o direito de cada indivíduo e busca atender os pacientes de maneira correta. Importante destacar que a imparcialidade de nortear os atos médicos, impede que os aspectos discriminatórios interfiram na relação entre médico e paciente (NOVO, 2019).

## **2 Relação entre direito e medicina**

A integração existente entre o direito e a medicina busca assegurar a dignidade dos seres humanos, valorizando os direitos já reconhecidos. Existem muitas espécies decorrentes dessa relação de contato, porém, aprofundar-nos-emos na gestão relacionada à saúde, pública ou suplementar, buscando a compreensão com relação às necessidades básicas dos seres humanos, analisando também a condição socioeconômica dos indivíduos e procedendo com o devido respeito ao tratamento igualitário estabelecido em nossa sociedade.

Inicialmente, as bases da análise da Medicina, respaldada em evidências, encontram-se reveladoras e proveitosas para termos êxito na aplicação diária do direito à saúde. Dessa forma, encontramos um fator diferencial na busca do progresso da sociedade e para chegarmos à tão desejada justiça social. Devemos destacar que, nessa perspectiva, encontramos a ética médica em três áreas da ciência: assistência, ensino e pesquisa, com foco no ser humano, no campo de trabalho da medicina.

A medicina possui a necessidade, atualmente, de promover o atendimento, a assistência, o ensino e a pesquisa de maneira justa e incluindo a todos indistintamente. Não podemos deixar de mencionar que a medicina tem se tornado fria, técnica e econômica, ficando, assim, distante dos princípios da beneficência integral. A reumanização do direito e da medicina buscam defender os valores sociais existentes nos direitos humanos, na justiça e na veracidade, proporcionando o bem-estar de toda coletividade.

O Direito tem demonstrado um funcionamento formal, ignorando o humanismo e seus efeitos. Torna-se imprescindível para compreender a integração entre o direito e a medicina a implementação do direito à saúde básica baseando-se na melhor evidência da medicina.

A medicina e o direito foram criados pelo ser humano, que deve tomar proveito de suas criações, sendo totalmente necessário que o benefício e a não-maleficência tenham bases científicas e ampliem o direito à saúde.

Sabemos que da relação entre direito e medicina gerou-se uma nova disciplina chamada Medicina Legal. A medicina legal cuida das questões que se relacionam com as leis penais, civis e trabalhistas e que, para lograr solução, é necessário conhecimento das ciências médicas. A medicina legal é uma ciência que pode decidir questões acerca da honra, da liberdade e até da vida dos seres humanos, além de questões que os afetam desde a concepção até além de sua morte. Essa ciência se correlaciona com

situações como a capacidade, a responsabilidade, os crimes, os defeitos do depoimento, a identidade, a natureza jurídica da morte, entre outros aspectos (NOVO, 2019).

O jurista precisa estudar a medicina legal com intuito de ter conhecimento para avaliar os laudos que recebe, suas limitações e quando e como solicita-los, bem como ter capacidade para articular as questões referentes ao estudo de caso. É essencial que o jurista possa, em seus estudos de caso, discorrer sobre como ocorrem as lesões corporais, as consequências que elas podem gerar, assim como todas as possíveis alterações que se relacionem com a morte e os fenômenos cadavéricos, também os conceitos diferenciais em embriaguez ou uso de drogas, asfixias mecânicas e suas características, entre outros (NOVO, 2019).

Não podemos deixar de ressaltar que a medicina legal possui influência no âmbito legislativo em três questões: acender luzes para elaboração de novas leis; cooperar na execução das leis que já existem; interpretar os dispositivos legais que possuam significado para a ética médica. Sendo assim, concluímos que a Medicina Legal assessora o Direito para lograr êxito ao elaborar, executar e interpretar as leis (NOVO, 2019).

A Medicina Legal é assistida por intermédio das mais diversas fontes, como, por exemplo: a física, através da fotografia, radiografia, balística, química, através da toxicologia, exames de laboratório, a anatomia, que seja normal ou patológica, a biologia, a microbiologia, a patologia, a parasitologia, a psicologia, a psiquiatria, entre outros.

Especificamente com o direito, a medicina legal relaciona-se com diversas matérias, vejamos:

- Direito Penal: lesões corporais, imputabilidade, aborto, emoção, entre outros.
- Direito Processual Civil: produção e valoração de provas, entre outros.
- Direito Processual Penal: incidente de sanidade, exame toxicológico, entre outros.

- Direito Constitucional: matrimônio, família, velhice, infância, entre outros.
- Direito Administrativo: pensões, aposentadorias, entre outros.
- Direito do Trabalho: acidentes de trabalho, entre outros.

### **3 Responsabilidade civil**

Já estudamos que o Código de ética médica é um documento que determina direitos e obrigações do profissional de medicina, tendo surgido pela necessidade de resguardar as atividades legalizadas e punir as condutas não autorizadas. Acerca das atividades legalizadas que o código de ética médica resguarda aos profissionais de medicina, podemos exemplificar as situações de muitos médicos que laboram em área de risco ou sem material de qualidade para poder exercer a profissão. Determinados ambientes estão totalmente fora do objetivo mínimo de qualidade e impedem uma qualidade profissional adequada, é também através do Código de Ética que eles buscam por melhorias.

O Código de Ética médica aborda temas como: responsabilidade profissional, direitos humanos, relação com pacientes e familiares, remuneração profissional, sigilo profissional, inclusive no que tange ao atendimento ao paciente criança ou adolescente, publicidade médica, documentos médicos, ensino e pesquisa (NOVO, 2019). Nesse momento, vamos estudar a responsabilidade civil do médico e suas implicações na conduta médica e nas ações que deverá o médico ter para estar de acordo com o referido Código ou quais consequências poderá enfrentar.

O termo responsabilidade tem suas origens no latim *respondere* que significa garantir, assegurar e assumir. Dessa forma, podemos dizer que a responsabilidade corresponde com a obrigação de responder por determinada coisa. A responsabilidade é a obrigação de satisfazer uma prestação ou de cumprir um fato que foi atribuído à pessoa por determinação legal.

A responsabilidade decorre de convenção como norma ou regra jurídica, tendo por denotação a obrigação de reparar ou ressarcir dano, é derivada de ofensa ou violação de direito que produz dano ou prejuízo a terceiro.

Podemos auferir que o vocábulo “responsabilidade” reproduz a ideia de obrigação, preceito, encargo e contraprestação, sendo similar ao sentido jurídico que designa o dever de reparar o prejuízo originado na violação de um outro preexistente. (NOVO, 2019). Dessa forma, a responsabilidade médica é obrigação, de ordem civil, penal ou administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia ou negligência (NOVO, 2019).

A responsabilidade também pode ser descrita como um princípio jurídico geral, que estabelece que homens mentalmente sãos e desenvolvidos têm a obrigação de responder pelos danos que causem a outros.

Mesmo que o médico não possua a intenção de prejudicar alguém, independente de quem for, ele possuirá a responsabilidade pelos seus atos. Podemos extrair do que aprendemos que o médico deverá fazer uso de todos os esforços possíveis, usando os meios que dispõe para, com prudência e dedicação, obter a cura do paciente. Deve, também, dar a garantia de um acompanhamento digno e devido para reestabelecer a saúde do paciente, gerando a manutenção de sua saúde ou, se for o caso, uma morte com dignidade.

Não podemos deixar de mencionar que todo médico tem o dever de, sob nenhuma hipótese, abandonar o paciente que tiver em seus cuidados, exceto se houver renúncia justificável ao atendimento, sendo assegurada a continuidade do tratamento. O médico possui obrigações além do paciente, ou seja, além das obrigações da relação médico-paciente, o médico também possui atribuições e obrigações em relação ao hospital e à operadora. Sua relação com o hospital fundamenta-se nas normas institucionais

e regimentos internos ou para casos com vínculo empregatício via CLT, a relação estará submetida às regras desta.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja, quando houver dano a algum paciente, para que seja determinada culpa ou não, será necessária uma apuração aprofundada, que inclui a investigação da conduta do profissional e se este observou seus deveres e os cuidados necessários. Em caso positivo, será necessário analisar também se a conduta do médico foi o que produziu de fato o dano em questão (NOVO, 2019).

De acordo com Novo (2019), a responsabilidade civil do médico é de ordem contratual, porém, a doutrina é cuidadosa ao explicar que não se pode presumir a culpa do médico quando o doente não é curado ou não são satisfatórios os recursos empregados no tratamento. Já a jurisprudência abranda a responsabilidade, na visão de que a profissão do médico visa o meio, não o resultado, com exceção da cirurgia plástica, tendo em vista que, ao procurar o médico, geralmente, os pacientes não estão doentes, apenas buscam a correção de problema de ordem estética.

Existem três tipos de responsabilidade que poderão incorrer sobre o médico e suas condutas, vejamos:

- Responsabilidade Civil: corresponde à responsabilidade que estudamos, que é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Nessa responsabilidade o foco é o dano (NOVO, 2019).
- Responsabilidade administrativa: essa responsabilidade passa a existir quando há envolvimento de agente público, por exemplo, um médico de um município, quando infringir normas administrativas, e essas normas são de origem civil. O foco dessa responsabilidade são as punições de teor funcional (perda do cargo público) e ressarcitória.

- Responsabilidade penal: essa responsabilidade passa a existir sempre que os atos do agente tenham repercussão na seara penal, sendo enquadrados como crime ou contravenção. Quando ocorrer, buscará proteger o interesse público (diferente da responsabilidade civil, que protege o particular) e a consequência do dano será a pena. O foco dessa responsabilidade é a pessoa.

Devemos ressaltar que, para que haja um crime, será necessário que alguém pratique conduta descrita em lei, a qual é atribuída uma pena. Para que a conduta de determinado médico seja considerada crime, é preciso que esteja inserida no cap. III (dos crimes contra a saúde pública), do Título VIII (dos crimes contra a incolumidade pública) do Código Penal, entre muitos, vejamos alguns exemplos:

- Violação de segredo profissional (art. 154/CP): revelar a alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena: detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - somente se procede mediante representação. Sujeitos: (ativos) médicos, banqueiros, advogados, juiz etc. (chamados confidentes necessários); (passivos) a quem interessa preservar o segredo, como diz Mirabete. Objeto jurídico: liberdade individual. Consumação: com a revelação para terceiro (basta uma pessoa). Tentativa: admite. Atenção: o dever de sigilo é relativo, e não absoluto, podendo ser quebrado por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente (art. 102 do Código de Ética). Elemento subjetivo: é crime doloso.
- Omissão de notificação de doença contagiosa (art. 269/CP): deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória. Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Sujeitos: (ativo) crime próprio, só o médico; (passivo) é a coletividade. Consumação: com o fim do prazo fixado em regulamento para notificação.

Natureza da norma: norma penal em branco, pois o Ministério da Saúde renova periodicamente a lista de tais doenças, por portaria.

- Exercício ilegal da medicina (art. 282/CP): exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites. Pena: detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único -



Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa. Sujeitos: (ativos) 1ª parte – qualquer um pode praticar, menos o médico; na 2ª parte, apenas o médico (excesso de limites); (passivo) comunidade e, secundariamente, o paciente. Natureza: crime de perigo abstrato, consuma-se com a habitualidade (é o ganha-pão). Tentativa: impossível. A jurisprudência tem decidido que a falta de inscrição no Conselho não caracteriza o crime, mas é apenas infração administrativa. Objeto jurídico: é a saúde pública.

- Falsidade de atestado médico (Art. 302/CP): dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso. Pena - detenção, de um mês a um ano. Parágrafo único - Se o crime for cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. Sujeitos: (ativo) médico; (passivo) o Estado. Consumação: no instante que fornece o atestado. Tentativa: admite. Falsidade: a opinião dominante é que o atestado falso é aquele que traz dolosamente “algo diverso do verificado pelo médico e houver relevância jurídica, seja sobre doença ou prognóstico”. Objeto jurídico; fé pública.

#### **4 Bioética e biodireito**

“O termo bioética do grego *bios* (vida) + *ethos* (ética), significa a ética da vida, da prática, ou seja, engloba a biologia, a medicina, a filosofia, o direito, as ciências exatas, as ciências políticas e o meio ambiente.” (NOVO, 2019). De acordo com Novo (2019), a bioética visa solucionar questões que surgem com o avanço da biotecnologia, da genética e dos próprios valores e direitos humanos, cuidando sempre da conduta humana e das implicações que as áreas de conhecimento possuem em nosso dia a dia. É comum nos depararmos com o termo bioética sempre que há algum assunto relacionado com a medicina.

Podemos dizer também, que a bioética é o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de saúde, na medida em que esta conduta seja examinada à luz de valores e princípios morais (NOVO, 2019). A função principal da bioética é assegurar o bem estar das pessoas e garantir e evitar danos que possam nos acontecer.

A bioética possui o dever de proporcionar ao profissional e aos que são atendidos por ele, o direito ao respeito e à vontade, respeitado as crenças e os valores de cada indivíduo (NOVO, 2019).

Para compreender melhor, podemos exemplificar o que nos ensina Novo (2019), em casos que envolvem a bioética como as polêmicas em torno do aborto, do transplante de órgãos, dos transgênicos, do uso de animais e humanos em experimentos, do uso de células-tronco, da eutanásia, do suicídio, da fertilização in vitro, entre outras.

O Biodireito surge das lacunas existentes no direito, que decorrem da rapidez da evolução e da necessidade de adaptação do ser humano e da sociedade, ou seja, alguns acontecimentos sociais ficam sem normatização por determinado tempo e, para solucionar este fato, surge o biodireito, com conceitos relacionados à normatização da evolução científica.

O biodireito ganha força com alguns princípios fundamentais, são eles: respeito à dignidade do ser humano; ir ao contrário dos valores fundamentais da humanidade; não é permitido tratar o corpo humano como mercadoria; respeito à autonomia das pessoas submetidas a tratamento; obrigatoriedade do Estado de não pôr em risco a biodiversidade;

e acesso aos benefícios dos resultados das pesquisas (NOVO, 2019).

No surgimento de novos termos, que não estejam inseridos nos princípios já existentes do biodireito, o direito irá se manifestar nos casos em que a insegurança se instale, apresentando resposta a situações novas, situando-se nos princípios já existentes e gerando soluções justas.

A ciência está em constante evolução e essa evolução ocorre mais rápido que a própria reflexão ética da sociedade. Os seres humanos ainda não possuem resposta para inúmeras questões éticas e as pesquisas biomédicas têm recebido cada vez mais impulsos e, por vezes, encontramos assustados com os mais diversos resultados.

São exemplos de pesquisas no campo biomédico e que carecem de maior reflexão: clonagem de seres humanos, aborto eugênico, direito de morrer, transexualidade, transplantes de órgãos, esterilização de doentes portadores de anomalias graves, experimentos em seres humanos, segredo médico em face das determinações da saúde pública.

Podemos dizer que a bioética é uma ciência do futuro que já nos deu inúmeras glórias no presente. Está em constante evolução e transformação, sendo direcionada à medida que a ciência se desenvolve, bem como a tecnologia e a própria sociedade, e deverá sempre buscar a proteção da dignidade humana.

A bioética e o Direito devem andar conjuntamente, e cada um precisa cumprir seu papel, agindo a bioética na obrigação moral e o direito na elaboração de leis que possam regular as atitudes humanas que visem à proteção a vida. Não podemos esquecer que o Biodireito torna-se parte da Bioética. A bioética representa o lado dinâmico da ética, tendo em vista que está se aprimorando cada vez mais com o decorrer da história. Todo desafio da bioética necessita ser repassado para a mentalidade cultural, ou seja, uma compreensão ética e antropológica.

Existe uma visão da bioética como protetora apenas da vida humana, no entanto, essa visão está se modificando com a sua evolução, tendo em vista que está dando espaço ao entendimento de que ela protege toda e qualquer forma de vida, em especial, o meio ambiente.

Lembre-se que a bioética busca a solução de dilemas a partir de seus princípios, porém não existe apenas uma resposta correta, ou seja, a bioética busca um equilíbrio que seja justo entre a ciência e o respeito à vida, fazendo o devido reconhecimento dos benefícios proporcionados aos seres humanos decorrentes dos avanços científicos e biológicos, estando alerta aos riscos que podem apresentar para a sociedade e para o meio ambiente.

## **5 Dignidade humana**

Quando nos deparamos a estudar a dignidade humana, logo pensamos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada em 1948 ou o que a Constituição Federal nos presenteia com esse assunto. Mas, o que é a dignidade humana? De que forma podemos aplicar em nossa vida e no direito médico?

Inicialmente devemos explicar o fato de que na Idade Média já existia uma pequena noção de que, por ser racional, o homem seria uma criação diferenciada por Deus que, como mencionado no livro de Gênesis, o homem seria sua imagem e semelhança, trazendo uma ideia de superioridade do ser humano em relação a outros seres e de igualdade em relação à sua própria espécie. Já, o ato de reconhecer a dignidade humana como princípio jurídico, surgiu no século XX.

Cumprir ainda ressaltar que a dignidade da pessoa humana teve sua primeira menção em um texto legal, na França, em 1848, no preâmbulo do decreto que aboliu a escravidão. Podemos mencionar, também, a Constituição Brasileira de 1934, em seu artigo 115 que dizia que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos uma existência digna”.

A positivação do princípio da dignidade humana conquistou força após a segunda guerra como resposta aos estragos causados pelo nazismo, pelo horror causado pela grande guerra, a maioria dos países se preocupou em positivizar o princípio da dignidade.

No que diz respeito ao Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana está atualmente positivada pela Constituição Federal de 1988, e não podemos deixar de destacar que o Brasil assumiu os tratados internacionais que se

referem à dignidade da pessoa humana, ficando evidente a importância atribuída ao princípio pela ordem jurídica brasileira.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inciso III, concedendo-lhe lugar entre os fundamentos essenciais da República Federativa do Brasil, vejamos o que diz o artigo 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. (BRASIL, 1988)

A dignidade da pessoa humana corresponde a uma qualidade própria de cada ser humano, transformando-o em um ser honrado, que possui respeito e consideração provenientes do Estado e da Comunidade, ou seja, é possuidor de um conjunto de direitos e deveres fundamentais que protegem a pessoa contra atos degradantes ou desumanos, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida com saúde.

Sabemos que é direito do homem a garantia de igualdade e liberdade, devendo respeitar a lei, de forma que prevaleça uma sociedade harmônica, como previsto no art. 29,1-2. da Declaração dos direitos do Homem, que diz que:

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.
2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer

as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

### **5.1 O Princípio da Dignidade Humana e a Autonomia do Paciente**

Os direitos da personalidade são garantidos pela dignidade humana tendo em vista que é fonte primária, preceito constitucional e princípio fundamental. A dignidade da pessoa humana está presente na Constituição como uma cláusula geral e subordina os direitos da personalidade, de forma que é fundamental o respeito à dignidade, observe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

De acordo com Moura (2017), o respeito ao desenvolvimento da personalidade humana representa diretamente o desenvolvimento das faculdades físicas, psicológicas e morais do indivíduo, ou seja, a violação da integridade mental ou desprezitar as decisões que envolvem a dignidade dos indivíduos nos remete, por similaridade, à escravidão. Os escravos, por não serem considerados pessoas, tinham seus sentimentos e valores desprezados e eram vistos como desprovidos de qualquer tipo de dignidade (MOURA, 2017).

Sendo assim, podemos perceber que a sociedade que não respeita as decisões dos indivíduos sobre sua própria vida é pobre de dignidade, sendo semelhante às sociedades passadas em que prevalecia a escravatura e as vontades individuais eram desprezadas.

Devemos enfatizar que os direitos fundamentais especificados na Constituição Federal de 1988 são formados com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Sendo assim, ao falarmos de direito à vida,

teremos uma vida digna; ao se tratarmos de direito à liberdade de crença, teremos um exercício digno desse direito, ou seja, eles só podem ser exercidos quando completos, entendidos e construídos sob a base da dignidade humana.

Ao respeitar o direito à vida, não estaríamos apenas assegurando ao indivíduo vivo os meios de proteger a sua estrutura física, tendo em vista que devemos observar que a vida é considerada em seus aspectos biológicos, psíquicos e sociais, advindo daí o conceito de vida digna: aquela em que o indivíduo é assegurado de que suas convicções serão respeitadas (MOURA, 2017).

Já ao respeitar o direito à crença, para ser exercido com dignidade, deveríamos permitir ao indivíduo viver em consonância com suas convicções religiosas, exercendo autonomia e liberdade, aspectos essenciais ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (MOURA, 2017).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais elencados como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro no inciso do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Invocado em diversos dispositivos legais e na atividade judiciária, tem por objetivo a garantia da vida digna, apesar de não possuir um conceito objetivo.

Até meados do século XX, médicos e pacientes tinham suas relações baseadas no princípio da beneficência, que determinava que o médico seria o “protetor do paciente” e, dessa forma, toda e qualquer medida que o médico adotasse com objetivo de restaurar sua saúde ou prolongar a vida do doente estaria justificada. Forma pela qual o médico era legítimo para intervir conforme suas vontades, critérios e escolhas, ainda que estivesse contra a vontade do paciente.

Foi nesse período que surgiram mudanças nos paradigmas da ética médica, ou seja, a autonomia do paciente como fundamento da bioética substituiu o forte paternalismo de outrora. Sendo assim, o paciente começa a ser reconhecido com o sujeito de direitos que é, podendo realizar suas próprias escolhas e não mais sendo objeto de experiências médicas, sendo assim, determinando como deseja ser cuidado.

Nesse contexto, há inúmeros aspectos relacionados com a autonomia, dois deles são mais importantes. O primeiro é a capacidade de autodeterminação, que compõe o núcleo da autonomia. O segundo é são as exigências de condições adequadas para que possamos exercer a autodeterminação, evitando que se transforme em mero formalismo ou em justificativa para a violação de direitos fundamentais do próprio indivíduo.

Dessa forma, reconhecemos que a autonomia da vontade possui relação estreita com o direito do indivíduo de tomar suas próprias escolhas existenciais, morais e traçar os próprios rumos de sua vida, dessa forma, possibilitando o livre desenvolvimento de sua personalidade e assumindo os riscos das próprias decisões. Sendo assim, faz-se necessário que as condições mínimas que geram a possibilidade de autodeterminação e realização de livres escolhas sejam reais, verdadeiras e eficazes.

A autonomia e a liberdade compõem a dignidade, de forma que cada direito fundamental possui uma expressão de dignidade, ou seja, de autonomia e de liberdade. Podemos perceber clara e explicitamente o princípio da autonomia da vontade no artigo 15 do Código Civil de 2002: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. De acordo com o princípio da autonomia da vontade, as pessoas possuem o direito de decidir quanto ao seu corpo, preservando-lhe a integridade física e mental, quaisquer que sejam suas motivações. Além disso, ao exercer o direito à liberdade de crença, o indivíduo também invoca o princípio da autonomia, que lhe proporciona



dignidade ao poder usar sua vida e seus recursos para exercer suas crenças.

Contudo, a autonomia que possui o paciente está diretamente relacionada com a obrigação do médico de informar claramente o seu verdadeiro estado e as opções de tratamento que possui, tendo em vista que se o paciente não possuir todas as informações necessárias, estaria restrita sua autonomia e seu poder seria limitado.

O médico deverá prestar todos os esclarecimentos ao paciente sobre os procedimentos que deseja realizar, além do dever de deixar o paciente ciente da existência ou não de tratamentos alternativos. Em nenhuma hipótese poderá a vontade do paciente ser desconsiderada pelo médico, mesmo se o paciente estiver inconsciente ou se estiver em iminente perigo de vida, ou seja, por mais grave que seja a enfermidade do paciente, não lhe pode ser retirado o status de ser humano ou sua autonomia para agir com dignidade.

Além dos dispositivos já mencionados, nossa legislação está constantemente exaltando a autonomia da vontade do paciente, vejamos o que determina o Estatuto do Idoso (Lei 10741/03):

Art. 17. o idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I - pelo curador, quando o idoso for interditado;

II - pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III - pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.

Podemos concluir, assim, que o médico deverá deixar o paciente idoso ciente de sua saúde, dos tratamentos disponíveis e, ressalvadas as condições especiais, os pacientes poderão optar pelos tratamentos que acharem mais favoráveis, independentemente do estado clínico que se encontrem. Nas hipóteses que não possua condições de fazer essa escolha, o paciente será representado por seu curador ou familiares, no caso dos incisos I e II, de forma a garantir seu melhor tratamento.

O médico poderá realizar a escolha pelo paciente quando, não havendo as representações, o idoso se encontrar em iminente risco de vida e não houver condições de o profissional de saúde manter contato com o curador ou familiar. Diante do exposto, entendemos que a autonomia do paciente é princípio que emana do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no qual se abrigam e encontram sentidos os demais direitos e princípios relacionados à personalidade humana.

## **5.2 Autonomia do Paciente – Aspectos Jurídicos e Éticos**

O princípio de autonomia do paciente é um dos pilares da bioética. Segundo este conceito, ao paciente deve ser dado o poder de tomar as decisões relacionadas ao seu tratamento (UGARTE; ACIOLY, 2014). Todavia, a participação do paciente e sua efetiva vontade em participar são variáveis, mudando de acordo com o meio cultural, social, familiar ou religioso em que estejam inseridos.

Inicialmente devemos conceituar a moralidade, ela reproduz o que é ou não é socialmente aceito, através da moralidade convencionada-se algo como certo ou errado, que é gerado através do consenso implícito dos membros de determinada comunidade.

Atrelada à moralidade, deparamo-nos com a teoria ética, que analisa a moralidade. Segundo Ugarte e Acioly (2014) no que corresponde à ética médica, podemos definir que é o estudo da moralidade aplicado à ética médica, sendo assim, analisaremos questões morais que se relacionam ao comportamento profissional que leva à criação dos códigos de ética profissional, com o objetivo de orientar e criar normas de conduta para a prática da medicina.

Os termos propostos nos códigos de ética profissional variam de acordo com os países, entretanto, os princípios que os sustentam são: princípios do respeito à autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça. Destes, o da autonomia é o mais discutido tendo em vista suas controvérsias, especialmente no que se refere à relação

médico-paciente e à obtenção de consentimento informado.

Para possuir autonomia, o indivíduo necessita da capacidade de se autogovernar, sendo necessário que seja capaz de agir intencionalmente, possuindo capacidade para isto. Podemos exemplificar com o indivíduo menor de idade, que padece de enfermidades mentais ou que possui alteração do nível de consciência, como agentes que permanentemente ou temporariamente encontram-se incapazes de agir intencionalmente.

Sabemos que já foi amplamente discutido sobre o nível de compreensão dos procedimentos médicos que possuem os pacientes, muitas vezes sendo leigos o suficiente para não possuir compreensão do procedimento que lhes é ofertado, não possuindo compreensão do que estão consentindo ao autorizar os médicos.

É importante ressaltar que, em nenhuma hipótese, o médico poderá influenciar o paciente a aceitar qualquer tratamento que não esteja de acordo, através de ameaças. De igual forma, não poderá o médico aproveitar-se de situações na qual o paciente não encontre-se em condições de

tomar decisões para agir de acordo com sua vontade, por exemplo, na sedação. Só será possível ao paciente exercer a autonomia caso o médico cumpra seu dever de prestar informações com clareza, além de auxiliar imparcialmente ao paciente para que tome a decisão.

Devem ser respeitadas as expectativas individuais dos pacientes, independente do caso em questão, inclusive quando o paciente se recusar ao tratamento. O objetivo máximo do médico será a beneficência e a preservação dos interesses e do bem estar do paciente. Existem casos que são considerados polêmicos com relação às decisões médico, paciente e sociedade, e variam de acordo com a cultura, podendo gerar extensos conflitos. Vejamos alguns deles:

- Aborto: o aborto é um crime tipificado em nossa legislação penal, entre os artigos 124 e 126 do Código Penal, tratando-se de crime contra a vida, vejamos:  
Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque.  
Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.  
Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante.  
Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940)

Do ponto de vista médico legal, o aborto é considerado quando há interrupção da gravidez até a vigésima ou vigésima segunda semana, ou quando o feto pese 500 gramas, este conceito é aceito mundialmente pela literatura médica. Sendo assim, seria a interrupção da gestação antes que a vida fora do útero possa ser biologicamente viável, ou seja, antes do desenvolvimento completo do nascituro.

A causa do aborto pode variar, podendo ser acidental, espontâneo ou provocado, devendo ser analisado o caso concreto para que se determine a circunstância verdadeira. O nosso ordenamento jurídico resguarda o

direito à vida de forma ampla, dessa forma, o conceito médico legal de aborto não condiz com o que determina nosso ordenamento, tendo em vista que, apesar de não ser ainda uma pessoa, o feto já é sujeito de direitos antes mesmo de que lhe seja reconhecida a personalidade.

Cumprе ressaltar que o aborto é um assunto delicado no Brasil, há exceções para que não seja considerado crime, que são no caso de aborto induzido, que pode ser realizado em casos de estupro ou risco de vida materno ou ainda quando houver gestação de bebês anencéfalos (que ocorre quando existe a má formação que causa a falta de cérebro, calota craniana e couro cabeludo), nas hipóteses mencionadas, as grávidas podem interromper a gravidez com ajuda médica (NOVO, 2019).

Foi no ano de 2012 que o STF decidiu acerca das grávidas de bebês anencéfalos, trazendo nova redação ao Código Penal, vejamos:

Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se:

I - não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante;

II - a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

Parágrafo 1º: Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro;

Parágrafo 2º: No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.

Há diversos posicionamentos acerca do aborto, porém, ninguém pode julgar ou exigir algo dos outros tendo por base o que acha correto para si.

- Objeção de consciência: ocorre com relação a determinada pessoa que se recusa a cumprir algo tendo em vista que vai de encontro a seus princípios pessoais. A objeção de consciência possui fundamento no fato de que as pessoas são livres e podem agir conforme os princípios que adotam para viver. Podemos assumir que as testemunhas de Jeová costumeiramente declaram a objeção de consciência em relação à transfusão sanguínea.

O caso das testemunhas de Jeová que não aceitam tratamentos que envolvam a transfusão de sangue por razão de suas crenças nos faz refletir acerca do direito do paciente à escolha terapêutica contido na Constituição Federal e legislação brasileira. Como iremos aprender, o consentimento informado determina que, antes de intervir, o médico deve prestar esclarecimentos ao paciente sobre riscos e benefícios dos procedimentos que vier a sugerir a ele, bem como outras alternativas, e deverá deixar que o enfermo manifeste consentimento para o que definir como mais adequado aos próprios interesses.

Sabemos que a legislação brasileira determina que a vontade do paciente deve ser considerada, independentemente do seu estado clínico, dessa forma, repelindo decisões médicas ou judiciais e garantindo o direito de escolha do paciente. Há incessantes discussões sobre quando o paciente não aceita tratamento devido à sua convicção religiosa, e há quem defenda que, nessa situação, o paciente estaria violando um bem coletivo que é a vida e pleiteando a morte. Também há aqueles que dizem que o paciente nessa situação não estaria pleiteando a morte, mas sim, desejando que a ciência médica lhe ofereça uma solução terapêutica que preserve, ao mesmo tempo, a saúde e a sua convicção religiosa. Sendo assim, seus direitos fundamentais estariam em harmonia.

Os religiosos que vivem nessa condição, ou seja, na recusa de transfusão sanguínea, vivem com uma regra de conduta que deve ser observada

pelos médicos, mesmo que a sociedade ignore ou menospreze a conduta do enfermo nessa situação. O direito de declarar a objeção de consciência (ou imperativo de consciência) é garantido pela Constituição Federal.

### **5.3 Consentimento Informado**

Aprendemos que, para que o paciente possa exercer sua autonomia, o médico deverá informar e explicar acerca dos procedimentos que podem ser realizados, bem como os benefícios e riscos que podem oferecer, visto que nenhum procedimento poderá ser realizado sem o seu consentimento.

O consentimento do paciente pode ser obtido de maneira verbal ou escrita, após o médico proceder com toda informação necessária para que o paciente esteja ciente do procedimento e possa gerar a validação do consentimento. O consentimento voluntário do paciente humano é absolutamente necessário.

O consentimento informado passa a existir a partir da análise de cinco componentes analíticos, que são: a competência ou capacidade do paciente, a informação, a compreensão, a voluntariedade e o próprio consentimento (UGARTE; ACIOLY, 2014).

Dessa forma, reafirmamos que o consentimento será dado por um indivíduo capaz, que tenha recebido e compreendido todas as informações e que autorize voluntariamente o procedimento, como forma eficaz de garantir a escolha do paciente ou de quem o possa representar de acordo com a lei, garantindo esse direito bravamente conquistado.

O consentimento não ocorre em um momento específico, decorre do processo construído da boa relação médico-paciente e é formalizado com a assinatura do Termo de Consentimento Informado (TCI), que serve, inclusive, como forma de resguardar o médico de ter cumprido seu dever de

informar as opções ao paciente e lhe garantir o direito de escolha, após explanar corretamente suas opções.

Ao apresentar o TCI ao paciente, o médico propõe mais uma oportunidade de conversa e incentivo às perguntas que possa ter, permitindo que se conheçam melhor, bem como o ambiente sociocultural em que está incluído. Ugarte e Acioly (2014) nos ensina que o TCI está sendo cada vez mais utilizado. Nele devemos encontrar:

Identificação do paciente e de seu responsável legal, quando for o caso, o nome do procedimento, a descrição do procedimento em linguagem clara e acessível, a descrição dos riscos mais comuns e das possíveis complicações, explicações referentes à possibilidade de mudança de conduta devido a eventos inesperados durante sua realização, uma declaração de que as informações foram compreendidas, confirmação da autorização, do local e da data do procedimento. A assinatura de testemunhas e a apresentação de um modelo para revogação do consentimento (UGARTE; ACIOLY, 2014).

A relação médico-paciente, ao adotar o modelo participativo, remete-nos a incontestáveis benefícios. Ao participar das tomadas de decisões os pacientes ficam mais satisfeitos com o tratamento e aumentam a confiança no médico. Analisado sob esse aspecto, o Termo Consentimento Informado é um instrumento útil que pode garantir a autonomia do paciente.

## **6 Ética médica e o código de ética médica**

Aprendemos que a ética médica analisa méritos, riscos e preocupações sociais das atividades atreladas à medicina, considerando a moral no tempo e no espaço. Toda e qualquer profissão é controlada pelo Estado, que exige que os profissionais atuem com moral, sempre baseados em algum código de ética, instrumento que possibilita a fiscalização.

Nesses códigos, podemos encontrar as normas e regras de conduta, que explanam direitos e deveres que os profissionais são obrigados a



respeitar. No Brasil, as normas da ética profissional encontram-se no Código de Ética Médica determinado pelo Conselho Federal de Medicina.

O Código conta com apoio dos Conselhos Regionais de Medicina para atuarem como órgãos fiscalizadores dessas resoluções estabelecidas. Em seu preâmbulo I, determina:

O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina (BRASIL, 2019).

O Código de Ética Médica é composto de 26 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. Encontramos no tópico I – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS o seguinte rol taxativo:

- I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.
- II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.
- III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.
- IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.
- V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.
- VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

X - O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

XIII - O médico comunicará às autoridades competentes quaisquer formas de deterioração do ecossistema, prejudiciais à saúde e à vida.

XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

XV - O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

XVIII - O médico terá, para com os colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos.

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

XXIII - Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, visando ao maior benefício para os pacientes e a sociedade.

XXIV - Sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.

XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

XXVI - A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados (BRASIL, 2019).

Como podemos observar, através dessa pequena amostra do código, é por intermédio deste que os médicos conseguem suas diretrizes para agir com ética, moral e respaldados na lei. Cumpre ressaltar que, além das diretrizes que devem ser seguidas pelos médicos com relação ao

comportamento e aos procedimentos, há também, no Código de Ética Médica, um rol dos direitos dos médicos, vejamos:

I - Exercer a medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, cor, sexo, orientação sexual, nacionalidade, idade, condição social, opinião política, deficiência ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo comunicá-las ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará com justificativa e maior brevidade sua decisão ao diretor técnico, ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente sem permitir que o acúmulo de encargos ou de consultas venha prejudicar seu trabalho.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X - Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

XI - É direito do médico com deficiência ou com doença, nos limites de suas capacidades e da segurança dos pacientes, exercer a profissão sem ser discriminado. (BRASIL, 2019).

Podemos encontrar ainda, no referido Código, diretrizes que estabelecem a responsabilidade profissional do médico, vejamos:

É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida. Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivas da profissão médica. Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente. Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal. Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou. Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado. Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria. Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave. Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição. Art. 10. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos. Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a

devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos. Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis. Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina. Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença. Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País. Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética. § 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários. § 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos: I - criar seres humanos geneticamente modificados; II - criar embriões para investigação;

III - criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras. § 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o método. Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência. Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado. Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los. Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da medicina. Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do

paciente ou da sociedade. Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente (BRASIL, 2019).

Há ainda, no referido código, diretrizes com relação aos direitos humanos, aos pacientes e familiares, à doação e transplante de órgãos e tecidos, da relação entre os médicos, à remuneração profissional, aos documentos médicos, à auditoria e perícia médica, ao ensino e pesquisa, à publicidade e às disposições gerais.

## **7 Código de processo ético-profissional**

O código de processo ético-profissional é um conjunto de normas processuais que regulamenta as sindicâncias e os processos ético-profissionais, bem como o rito dos julgamentos nos Conselhos Federais e Regionais de Medicina. O código de processo ético-profissional foi aprovado pelo plenário do Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução CFM nº 2.145/2016, publicada no Diário Oficial da União em 27 de outubro de 2016.

## **8 Documentos médicos**

Vimos que o Código de Ética e o dia a dia médico nos introduz ao tema de documentos médicos, que elenca os deveres daquele profissional com relação aos referidos documentos. Inicialmente, devemos destacar os seguintes documentos médicos: prontuário médico do paciente; prontuário médico eletrônico e a proteção à privacidade do paciente.

- Prontuário médico do paciente: o prontuário médico é um documento elaborado pelo profissional de saúde, ou seja, pelo próprio médico, sendo então ferramenta primordial para seu trabalho. Deverá conter no prontuário médico, anotados de forma organizada, os dados relativos ao paciente, como: histórico familiar, anamnese, descrição dos sintomas e suas evoluções, exames, possíveis alergias,

medicamentos e indicações de tratamentos e prescrições. Independentemente se o prontuário for feito no âmbito do consultório ou em atendimento em sede hospitalar, ele será composto de informações preciosas para o paciente e para o médico. O prontuário médico é de propriedade do paciente, que tem direito a seu acesso, bem como pode solicitar cópia ao médico ou ao estabelecimento de saúde, que são responsáveis por sua elaboração e guarda. O principal objetivo do prontuário médico é facilitar assistência ao paciente.

O capítulo dentro do Código de Ética Médica que aborda a relação entre médico, paciente e familiares determina, no artigo 70 e 71, que é vedado ao profissional:

Art. 70. Negar ao paciente acesso a seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar explicações necessárias a sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros.

Art. 71 é vedado ao médico deixar de fornecer laudo médico ao paciente, quando do encaminhamento ou transferência para fins de continuidade do tratamento ou na alta, se solicitado.

Devemos mencionar que isso não ocorria até pouco tempo atrás, as informações contidas no prontuário eram de exclusividade do médico, porém, hoje as informações contidas nesse documento devem ser utilizadas de forma multidisciplinar, bem como a rede assistencial de saúde. Dados fornecidos por médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, nutricionistas e quaisquer outros profissionais de saúde são de relevante importância e devem, em conjunto, visar a melhoria do paciente.

O prontuário médico serve também como forma de defesa legal e encontra utilidade na pesquisa na área de saúde, tendo em vista que através desse documento podemos colher diversas informações, gerar estatísticas ou indicadores e elevar benefícios para o ensino, a assistência e o planejamento em saúde. Ainda, no Código de Ética Médica, em seu artigo 11,



encontramos diretrizes a respeito do sigilo médico em relação aos dados confidenciais de seu paciente que obteve no desempenho de suas funções, vejamos:

Art. 11. o médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade

Apesar da obrigação do médico em manter sigilo acerca de informações confidenciais a que tiver conhecimento no exercício de suas funções, em caso de solicitação judicial policial ou de convênios médicos e companhias de seguro, o prontuário médico só poderá ser fornecido sob autorização do paciente ou seu responsável legal. Em casos judiciais haverá perícia médica convocada e a equipe da perícia poderá acessar livremente aos documentos. Cumpre destacar ainda sobre o prazo para conservação dos prontuários o seguinte:

O Conselho Federal de Medicina estabelece o prazo de 20 anos a partir do último registro para preservação dos prontuários médicos em suporte de papel e a guarda permanente para os prontuários médicos arquivados eletronicamente em meio óptico ou magnético, e microfilmados (BRASIL, 2019).

O CFM também determina que o papel só pode ser eliminado após o arquivamento dos dados, por microfilmagem ou de outra forma (BRASIL, 2019).

- Prontuário médico eletrônico: é um prontuário médico digital e não em papel. Essa forma de prontuário médico passou a existir com o avanço da tecnologia e como forma de padronizar ainda mais esse documento, além de permitir fácil acesso a

outros profissionais de saúde, bem como mais de um acesso ao documento no mesmo momento, além de economia de espaço.

O primeiro registro a que se tem conhecimento do sistema de atendimento eletrônico surgiu em 1960, com objetivo de integrar diferentes setores de um mesmo hospital. No Brasil, houve preocupação em implantar um modelo de prontuário eletrônico que fosse eficiente apenas na década de 90, e foi no ano de 2002, que o Ministério da Saúde empregou um modelo padrão para o registro que exibia um conjunto mínimo de informações dos pacientes.

No ano de 2007, foi autorizado pelo CFM a normatização de sistemas informatizados para arquivamento e manuseio dos prontuários, bem como foi autorizado que fosse eliminado o papel, desde que trocado pelas informações digitais. O prontuário eletrônico está em constante evolução, sendo uma ferramenta que foi aperfeiçoada agregando novas funcionalidades, como anexar laudos, imagens ou exames do paciente.

O prontuário eletrônico é similar ao prontuário em papel, tendo em vista seu objetivo, porém o prontuário eletrônico possui maior acessibilidade, mobilidade, menor custo, maior segurança, maior chance de sigilo, maior integração de informações, possibilidade de conter imagens e vídeos.

- Proteção à privacidade do paciente: está diretamente ligada ao prontuário médico e às informações que o médico possui de seus pacientes. Como já vimos, as informações do paciente são sigilosas e os médicos devem disponibilizar apenas para seus pacientes, exceto em caso de solicitação judicial policial ou de convênios médicos e companhias de seguro, o prontuário médico só poderá ser fornecido sob autorização do paciente ou seu responsável legal. Em casos judiciais haverá perícia médica convocada e a equipe da perícia poderá acessar livremente os documentos.

A proteção da privacidade das informações médicas necessita de atenção e educação cada vez maiores ao profissional de saúde, tendo em vista a facilidade quase instantânea de aquisição, uso e armazenamento dos dados dos pacientes. Sabemos que pode ser muito difícil obter resultados perfeitos na proteção da privacidade do paciente, algumas sugestões foram discutidas pelos membros do Comitê de Bioética Clínica do Hospital São Lucas, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), vejamos:

1. Educar os profissionais do sistema de saúde;
2. Assegurar acesso às informações do paciente mediante autorização e senha individuais;
3. Reforçar o conceito de que a senha de acesso é individual e não deve ser compartilhada;
4. No momento do acesso à informação, mensagem deve advertir o profissional da saúde sobre possíveis consequências legais do uso indevido das informações acessadas;
5. Manter sistema de vigilância que possa assegurar que o usuário esteja realmente acessando dados pertinentes a pacientes sob seus cuidados;
6. Difundir entre futuros profissionais da área da saúde e da informática conceitos que valorizem a privacidade e a confidencialidade dos dados médicos;
7. Lembrar que cabe ao paciente decidir quais de seus dados poderão ser disponibilizados, para quem e sob quais circunstâncias.

- **Atestado médico:** é um documento legal, em que o médico afirma incapacidade do paciente, muito utilizado para que o paciente justifique ausência em trabalho, escola ou faculdade. Para que seja considerado documento válido, deverá conter: o nome do médico responsável, devidamente inscrito no CRM; data e hora da emissão do atestado; assinatura do médico e carimbo em papel timbrado; número de dias necessários de afastamento.
- **Relatório médico:** é um documento médico que faz parte do atendimento do médico ao paciente, dessa forma, é obrigação do médico fornecer e direito de o paciente

solicitar. Na ausência de um relatório médico adequado e bem elaborado, o paciente terá enorme dificuldade para conseguir a concessão de direitos que a lei garante.

Após estudar brevemente acerca dos documentos médicos e de sua importância, devemos elencar algumas vedações feitas pelo código de ética médica aos médicos. Ao médico é vedado, pelo código de ética médica, conforme seguinte:

Art. 80. Expedir documento médico sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade.

Art. 81. Atestar como forma de obter vantagem.

Art. 82. Usar formulários institucionais para atestar, prescrever e solicitar exames ou procedimentos fora da instituição a que pertençam tais formulários.

Art. 83. Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.

Art. 84. Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta.

Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

Art. 86. Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta.

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.

§ 3º Cabe ao médico assistente ou a seu substituto elaborar e entregar o sumário de alta ao paciente ou, na sua impossibilidade, ao seu representante legal.

Art. 88. Negar ao paciente ou, na sua impossibilidade, a seu representante legal, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda exceto para atender a ordem judicial ou para sua própria defesa, assim como quando autorizado por escrito pelo paciente.

§ 1º Quando requisitado judicialmente, o prontuário será encaminhado ao juízo requisitante.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

Art. 91. Deixar de atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou por seu representante legal (BRASIL, 2019).

## **9 Contratualização e direito do trabalho**

A contratualização é o relacionamento existente entre a operadora de saúde e o médico através de contrato. Tal instrumento é regulamentado por leis específicas, porém, ainda assim, encontramos diversas situações que prejudicam os profissionais da saúde. A relação existente na contratualização é regulamentada pela lei federal 13.003/2014, que alterou o texto da lei 9.656/1998, e pelas resoluções 363, 364 e 365 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Devemos destacar alguns pontos importantes na legislação vigente, vejamos:

Art. 3º da 13.003/2014: As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independente de sua qualificação como contratadas,

referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço.

§2º O contrato deve estabelecer com clareza as condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, incluídas, obrigatoriamente, as que determinem:

1. O objeto e a natureza do contrato;
2. A definição dos valores dos serviços contratados, dos critérios, da forma e da periodicidade do seu reajuste e dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados;
3. A identificação dos atos, eventos e procedimentos médico-assistenciais que necessitem de autorização administrativa da operadora;
4. A vigência do contrato e os critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão;
5. As penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas.

Dessa forma, podemos constatar que a legislação busca proteger o direito do médico e regulamentar a contratualização. A lei 13.003, de 2014 dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, impõe regras de contratualização para as operadoras e prestadoras de serviço, que infelizmente não estão sendo seguidas à risca, tendo em vista as espartezas das operadoras.

Podemos exemplificar com o fato de que a referida lei determina reajuste anual com uma taxa estabelecida anteriormente em contrato e que o Código Civil determina que existe responsabilidade consignada de um contratante pelos atos prestados por um contratado, e as operadoras tentam a todo custo jogar a responsabilidade como exclusiva do médico, não assumindo sua contrapartida no risco.

Com relação ao reajuste anual previsto, as operadoras concedem prazo de três meses para que o médico negocie livremente os valores, mas, na prática, as empresas enrolam até o fim do prazo sem realizar negociação para que o reajuste seja em um percentual do IPCA, que não serve de

nada, por ser um valor muito baixo, entre outros problemas existentes. Com relação ao direito do trabalho, precisamos inicialmente compreender a diferença entre médico autônomo e médico empregado.

O médico autônomo é aquele detentor de sua própria independência, ou seja, dono do seu tempo e trabalho, seu próprio patrão. O médico empregado é um colaborador permanente, desenvolve suas funções de acordo com o empregador, ainda que atenda em consultório próprio.

O médico será considerado empregado desde que se façam presentes os requisitos da relação de emprego, que são: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação (artigos 2º e 3º da CLT).

A pessoalidade significa que apenas aquele profissional poderá exercer a atividade para a qual foi contratado, ou seja, há a impossibilidade de que seja substituído e o serviço deverá ser prestado por ele. A onerosidade remete ao pagamento de salário como contraprestação aos serviços realizados pelo trabalhador. A não eventualidade corresponde ao fato de que há prestação dos serviços de forma habitual e contínua. A subordinação é o principal requisito da caracterização dessa relação, tendo em vista que o trabalhador estará sob as ordens do empregador, respeitando seu poder diretivo, disciplinar, fiscalizatório e regulamentar.

O médico, mesmo que não seja o médico empregado, terá direito a piso salarial mínimo, jornada semanal de 8hs (oito horas) diárias e 44hs (quarenta e quatro horas) semanais, que poderá ser alterado por Acordo e Convenção Coletiva de Trabalho para o regime de plantão de 12×36, 12×48, 24×72, entre outras. (BRASIL, 2019).

Ao médico também é direito intervalo de dez minutos de descanso a cada 90 minutos trabalhados e horas extras, observando o adicional de 50% (cinquenta por cento) de segunda a sábado e de 100% (cem por cento) aos domingos e feriados (BRASIL, 2019). Cabe a este profissional

também o adicional noturno para labor das 22hs (vinte e duas horas) às 5hs (cinco horas) deve ter remuneração superior ao diurno, com acréscimo de, pelo menos, 20% (vinte por cento), e para os casos em que a jornada de trabalho é integralmente cumprida em horário noturno e estendida ao horário diurno, também é devido o adicional noturno pelas horas trabalhadas após às 5hs (cinco horas) (Súmula 60 do TST). Aos médicos também é devido adicional de insalubridade em decorrência da exposição a agentes biológicos, como vírus e bactérias e contato com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas (BRASIL, 2019).

## Referências

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

BRASIL. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. Estatuto do idoso: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

BRASIL. Lei nº 13.003, de 24 de junho de 2014. Brasília, DF, 2014.

CALADO, Vinicius de Negreiros e COLARES, Virginia. Direito Médico e da Saúde. Recife. Fasa. 1ed. 2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/03/leia-integra-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 10/03/2021.



FREEPIK. Sorrindo transfundindo segurando uma tableta computador. Disponível em <[https://br.freepik.com/fotos-premium/sorrindo-transfundido-segurando-um-tableta-computador\\_3196580.htm](https://br.freepik.com/fotos-premium/sorrindo-transfundido-segurando-um-tableta-computador_3196580.htm)> Acesso em: 14 de março de 2021.

FREEPIK. Médica usando o computador e olhando para o fotógrafo. Disponível em <<https://br.freepik.com/fotos/computador>> Computador foto criado por freepik - br.freepik.com</a> Acesso em: 14 de março de 2021.

FREEPIK. Médico homem. Disponível em <<https://br.freepik.com/fotos/pessoas>>Pessoas foto criado por jcomp - br.freepik.com> Acesso em: 14 de março de 2021.

NOVO, Benigno Nuñez. A BIOÉTICA E O BIODIREITO. Disponível em <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/a-bioetica-direito.htm>> Acesso em: 14 de março de 2021.

NOVO, Benigno Nuñez. ÉTICA MÉDICA. Disponível em <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/etica-medica.htm>> Acesso em: 28 de novembro de 2020.

NOVO, Benigno Nuñez. O NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11147/O-novo-Codigo-de-Etica-Medica>> Acesso em: 14 de março de 2021.

NOVO, Benigno Nuñez. RESPONSABILIDADE MÉDICA. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11004/Responsabilidade-medica>> Acesso em: 14 de março de 2021.

NOVO, Benigno Nuñez e JUNIOR, Adriano Menino de Macedo. DIREITO MÉDICO. Publicado em 03/2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/72730/direito-medico>> Acesso em: 14 de março de 2021.

PIXABAY. Grávida menina estômago esmagado. Disponível em <<https://pixabay.com/pt/photos/gr%C3%A1vida-menina-est%C3%B4mago-esmagado-1207238/>> Acesso em: 14 de março de 2021.

PRUDENTE, Mauro Godoy. Bioética: Conceitos fundamentais. Porto Alegre. 2ed. 2018.

Rev. Bioét. vol.25 no.1 Brasília Jan./Apr. 2017 Disponível em <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422017000100039&lng=en&nrm=iso#:~:text=A%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20privacidade%20das,relativos%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20de%20pacientes.](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000100039&lng=en&nrm=iso#:~:text=A%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20privacidade%20das,relativos%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20de%20pacientes.)> Acesso em: 14 de março de 2021.

## **O Sistema Previdenciário Nacional: organização e estrutura**

Definindo seu conceito de modo *latu sensu*, a “previdência social” abarca todos os regimes previdenciários existentes no Brasil, sejam eles básicos ou complementares, públicos ou privados. Pode-se dizer que os direitos previdenciários têm natureza jurídica de direitos fundamentais sociais. Deve-se ainda lembrar, que os direitos fundamentais são doutrinariamente subdivididos em dimensões.

A primeira observação que deve ser feita com relação ao termo utilizado para subdivisão é a expressão “dimensão”. Isso porque antigamente essa qualificação era baseada num critério de gerações. Ocorre que a ideia da palavra “geração” é que haja uma superação da nova geração com a anterior, como se as mais recentes excluíssem as mais antigas. Não é este o critério a ser utilizado de forma mais técnica para proteção dos direitos fundamentais. Isso porque quando se fala das diversas dimensões dos direitos fundamentais, o que se quer dizer é que eles surgiram em épocas diferentes e de forma subsequente, mas de maneira alguma pode-se alegar que o mais recente excluiria o mais remoto.

Por exemplo, se tem consciência que os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles ligados às liberdades individuais, como a liberdade de contratar, de ser proprietário etc. Esses direitos são marcados por uma forte abstenção do Estado. O que se queria nesse momento é que o indivíduo tivesse possibilidade de assumir o protagonismo de suas próprias ações, o que era impensável naquele momento histórico, tendo em vista que o Estado era uma figura absoluta.

Quando se passa aos direitos de segunda dimensão, oportunidade em que se localizam os direitos previdenciários, tem-se a ideia de uma conduta mais participativa do Estado, pautado no valor igualdade. Não se fala mais em abstenção e sim participação. Agora, isso não quer dizer que, passados a serem aceitos os direitos de segunda dimensão,

deixa-se de lado os direitos de primeira. Tem-se uma noção aqui de agregação, de soma, em cada uma dessas dimensões, o que não ocorreria caso se utilizasse a expressão “geração”.

Apenas para fins didáticos, cabe mencionar ainda as demais dimensões dos direitos fundamentais. Dessa forma, a doutrina é cediça ao apontar a terceira dimensão dos direitos fundamentais, pautados no valor fraternidade. Há quem fale, ainda, numa quarta e quinta dimensões, baseadas em valores diversos a depender de cada autor. Basicamente, aqueles que citam as últimas dimensões trazem em voga a ideia dos direitos ligados a tecnologia ou a segurança biogenética.

Tecnicamente a expressão que mais se adequa à posição defendida pela doutrina majoritária nos dias de hoje é dimensões dos direitos fundamentais. Entretanto, para além dos direitos fundamentais, a expressão “Previdência Social” também é utilizada de forma *strictu sensu*, com iniciais maiúsculas, como sinônima dos órgãos e entidades responsáveis pela gestão previdenciária. Como um primeiro ponto para que se compreenda todos esses sentidos da expressão, cabe análise de seu histórico de forma que ocorra um estudo completo, desde sua origem até os dias atuais.

## **1 Histórico Mundial**

Começando pela história mais remota é importante destacar que desde a pré-história pode-se perceber a necessidade do homem de se reunir em grupos para compartilhar as atividades do dia a dia. Como exemplo de atividades desempenhadas em conjunto pode-se mencionar a caça, a

pesca a defesa das ameaças, o que demonstra a importância de se instituírem formas de proteção, mesmo nas organizações mais elementares.

Neste momento ainda não pode ser mencionado estar diante de uma organização pautada na proteção social, o que se tinha era unicamente uma ideia de união baseada no instinto da sobrevivência. Mas, ao mesmo tempo, fica bastante claro quando se estuda desde a origem das organizações dos homens, que sempre existiu uma reunião de esforços para a melhoria ou facilitação das condições de vida.

Importante destacar que existem registros da idade média com instituições que formavam fundos para proteção de seus membros, o que é considerado por alguns autores como o primeiro embrião mundial da previdência social. Contudo, é somente em 1601, na Inglaterra, que surge uma lei com caráter previdenciário mais marcante, a chamada Lei dos Pobres, editada pela rainha Isabel I e administrada pela Igreja.

No entanto, conforme foi dito, não se consegue dissociar a previdência social dos direitos fundamentais e é apenas quando eles se fortalecem que um verdadeiro sistema previdenciário passa a se desenvolver. Isto porque ambos andam lado a lado, um fundamentando e dando base de sustentação ao outro. A Previdência constitui importante

instrumento de proteção desses direitos, nasce com fulcro em sua guarda e, por isso, com eles caminha. Nesse sentido:

A Previdência Social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, I e III) (AMADO, 2020).

Assim sendo, tem-se como marco inicial de um sistema de previdência social no mundo, a Lei dos Seguros Sociais, de Otto Von Bismark, na Alemanha, em 1883. Desde sua origem, esse sistema já foi marcado por duas fortes características que ainda hoje o acompanham, a compulsoriedade de filiação e a contributividade.

A Lei de Bismarck pode ser considerada o marco inicial da previdência no mundo. É esse o primeiro regramento que apresenta as características básicas do sistema previdenciário moderno, que são:

- A compulsoriedade de filiação; e
- A natureza contributiva.

No que tange ao marco constitucional pode-se apontar as constituições do México, de 1917, e também da própria Alemanha, de 1919. Importante destacar que, não por acaso, essas duas cartas magnas também são citadas como pontos nodais para o estudo dos direitos fundamentais. Mas, é efetivamente com o pós-guerra, mais especificamente

com o fim da segunda guerra mundial, que os direitos fundamentais ganham mais relevância tanto para a ordem internacional quanto para a ordem interna da grande maioria dos países do globo.

Assim, chega-se a última fase de evolução do direito previdenciário que vai do pós-guerra até os dias de hoje. Com as atrocidades cometidas durante a segunda guerra mundial, sobretudo com os atos cometidos pela Alemanha nazista, que resultaram na morte de milhões de pessoas, percebeu-se que era necessário que fosse feito mais em termos de garantias de direitos.

No que tange aos direitos previdenciários, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem o garante em seu artigo 25:

Art. 25: Toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe a saúde, e o bem-estar próprio e da família, especialmente no tocante à alimentação, ao vestuário, à habitação, à assistência médica e aos serviços sociais necessários; tem direito à segurança no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou em qualquer outro caso de perda dos meios de subsistência, por força de circunstâncias independentes de sua vontade.

## **2 Histórico no Brasil**

Forçoso concluir que, no Brasil, tivemos uma evolução histórica semelhante ao resto do mundo. Antes de dar início essa regressão histórica, é importante destacar que, atualmente, o Brasil conta com um dos sistemas previdenciários mais organizados e complexos do mundo, servindo de parâmetro para diversos outros países. É bem verdade que o primeiro traço de direito previdenciário que se tem notícia não se identifica com uma norma jurídica, e sim, com ações sociais praticadas pelas entidades religiosas, o que remonta já desde o século XVI.

Ou seja, a história do Brasil pós descobrimento é quase contemporânea aos primeiros sinais de um direito previdenciário aqui. Inicialmente a Santa Casa de Misericórdia de Santos, fundada em 1543 e logo após a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, fundada em 1584, tinham como fundamento ajudar os mais necessitados.

Embora o surgimento deste primeiro traço tenha se dado de forma incipiente no território nacional, a evolução para um regime mais complexo e completo foi bastante demorado.

A Constituição Imperial de 1824 chegou a mencionar a proteção social do seu indivíduo, porém, de forma bastante rasa e em apenas um de seus dispositivos, não configurando grandes mudanças efetivas na realidade dos indivíduos. Basicamente por essa regulação eram garantidos os

chamados “socorros públicos”, que consistiam no cuidado e encaminhamento das pessoas que na rua necessitassem.

A primeira lei do ordenamento jurídico no Brasil, com conteúdo previdenciário, foi a Lei n. 3.397, de 24 de novembro de 1888, que previu a criação de uma Caixa de Socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado. Embora essa lei tenha papel de destaque por ter sido a pioneira sobre o tema no país, ela tinha tratamento bastante seletivo e, por isso, pouca aplicação prática.

A primeira lei do ordenamento jurídico no Brasil, com conteúdo previdenciário, foi a Lei n. 3.397, de 24 de novembro de 1888, que previu a criação de uma Caixa de Socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado.

Com a Constituição Republicana de 1891 foram trazidos apenas dois dispositivos sobre o tema. O primeiro deles, em verdade, não se refere ao indivíduo em si, e sim a uma mútua cooperação entre União e Estados. Dizia esse dispositivo que a União deveria prestar socorro aos Estados em calamidade pública, se fosse por ele solicitado. Já o segundo dispositivo tratava da proteção do indivíduo em si, ao dispor sobre a aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos.

Embora em nosso ordenamento já houvesse se iniciado um sistema de proteção com alguns traços de previdência social, foi apenas com a industrialização do país, sobretudo nas grandes cidades, que a demanda dos trabalhadores foi ampliada e, conseqüentemente, também a sua proteção. No entanto, isso não se deu de forma imediata.

Assim como o ocorrido na Europa, principalmente na Inglaterra, os trabalhadores eram submetidos a jornadas demasiadamente longas de trabalho, em condições insalubres e sem qualquer aparato de proteção, o que resultou em inúmeros acidentes do trabalho.



Por conta disso, foi editado o Decreto Legislativo n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que tratou exclusivamente da proteção aos acidentes do trabalho. Ocorreu que, apenas a proteção aos acidentes de trabalho, não foi suficiente. Em virtude das situações degradantes de desenvolvimento da maior parte das atividades na época, o trabalhador tinha desgaste muito maior de sua saúde sem poder parar de trabalhar, sob pena de colocar em risco o sustento próprio ou de sua família.

Assim, foi editada a Lei n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, chamada Lei Eloy Chaves, que expandiu os direitos protetivos no Brasil, criando as Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, que funcionaram, em todo o território nacional, por muitos anos. Foram apelidadas de CAPs, fazendo referência à sua sigla, utilizando-se de suas iniciais. Tal lei representou um avanço ímpar na previdência nacional, que até então não se tinha notícia.

Cerca de 10 anos após, foi promulgada Constituição de 1934, que consagrou o modelo tripartite de financiamento do sistema previdenciário. Assim, os recursos deveriam advir da União, dos empregadores e dos empregados. É importante destacar que esse é o sistema de custeio, que se encontra inserto na vigente Constituição Federal em seu art. 195.

O modelo tripartite de financiamento adotado no art. 195 da CRFB/1988, teve origem na Constituição de 1934. Assim, os recursos devem advir, ainda hoje, dos seguintes sujeitos:

- União
- Empregadores
- Empregados

No momento adequado este tema será aprofundado e serão diferenciados os modelos de gestão e de custeio. No entanto, foi apenas com a

Constituição de 1946 que, pela primeira vez, uma constituição utilizou o termo atualmente adotado de “Previdência Social” e não mais o chamado “Seguro Social”. Apesar disso, essa norma não trouxe grande inovação para o regime previdenciário brasileiro a par das já existentes anteriormente.

Seguindo movimento mundial influenciado pelo pós-guerra, foi promulgada a Constituição de 1946, que foi a primeira constituição brasileira a trazer a expressão “Previdência Social” em substituição do termo “Seguro Social”. Grande revolução no sistema previdenciário ocorre com a Constituição 1988. Após o fim da ditadura militar e migrando para um regime democrático, foi dada origem a uma constituição garantista. Assim, foi instituído em seu artigo 193, o Sistema Nacional de Seguridade Social, incluído no Título VIII, chamado de Ordem Social.

O Sistema Nacional de Seguridade Social tem como finalidade principal assegurar o bem-estar e justiça sociais, garantindo a todos o mínimo substancial consubstanciado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, máxima do ordenamento jurídico brasileiro representado no Art. 1, III da mesma Carta<sup>8</sup>. Assim, o sistema que se insere na Ordem Social se organiza pautado no valor do trabalho, que é o valor norte desse capítulo constitucional. Visto sua evolução histórica internacional e posteriormente nacional, faz-se mister analisar, neste momento, sua organização.

### **3 Organização e estrutura**

No item anterior foi demonstrada toda evolução histórica da previdência social no mundo e no Brasil. Ao analisar a trajetória nacional conclui-se que o local de sua inserção dentro da Constituição Federal importa para entendermos sua organização e estrutura, motivo pelo qual passa-se a trabalhar com esses pontos.

A educação, moradia, trabalho, transporte, segurança, alimentação e lazer não integram a seguridade social. Embora também sejam direitos garantidos pelo Art. 6º da CRFB, não estão assegurados pela Seguridade Social.

Conforme explicado no início desta unidade, neste capítulo e no próximo daremos destaque tão somente à primeira vertente da seguridade social, qual seja, a previdência social. Destaque-se que, apenas a previdência social possui caráter contributivo, assim sendo, vejamos como funciona sua organização e estrutura.

No ordenamento jurídico brasileiro são possíveis regimes previdenciários básicos, também chamados de obrigatórios, ou complementares. São regimes do ordenamento jurídico brasileiro atualmente:

#### **a) Regimes Básicos ou Obrigatórios**

- Regime Geral de Previdência Social (art. 201, CF/88);
- Regime Próprio de Previdência (art. 40, CF/88);
- Regime dos Militares (art. 142, § 3º, X, CF/88).

#### **b) Regimes Complementares**

- Previdência Complementar Privada (art. 202, CF/88);
- Previdência Complementar Pública (art. 40, §§ 14 a 16, CF/88).

Conforme visto acima, pode-se constatar a existência de diversos regimes de previdência. Inegavelmente, o regime que tem maior expressão é o da União. No entanto, cada estado também possui seu regime próprio e alguns municípios. Os regimes próprios são aplicáveis aos seus servidores, na ausência deste é aplicado o Regime Geral de Previdência Social, tema que passa a ser objeto de estudo neste momento.

Aos servidores federais e estaduais não é aplicado o Regime Geral de Previdência Social. Também não se aplica tal regime àqueles municípios que têm regime próprio, como é o caso dos municípios do Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte. A aplicação do Regime Geral de Previdência Social se dará, quanto aos entes da federação, de forma subsidiária para aqueles que não possuem regime próprio.

#### **4 O regime geral de previdência social: princípios e disposições gerais**

O texto norte constitucional sobre o tema se encontra no art. 201 da Carta Magna, desta forma:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Como pontos de destaque do dispositivo acima transcrito podemos ressaltar que o regime geral terá caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. O caráter contributivo pode ser definido como a necessidade de contribuição para usufruir dos benefícios. Assim, os benefícios e serviços

previdenciários serão oferecidos em caráter oneroso, ou seja, somente para aqueles que estiverem filiados e contribuindo para o RGPS farão jus. Já a obrigatoriedade de filiação significa que todos os trabalhadores que exercem atividade remunerada estão automaticamente filiados à previdência social, independentemente de sua vontade.

O equilíbrio financeiro é a garantia de que as receitas previdenciárias de um exercício financeiro (um ano) serão suficientes para cobrir as despesas previdenciárias desse período. Por seu turno, o equilíbrio atuarial, que também é a garantia de cobertura das despesas previdenciárias pelas receitas previdenciárias, abrange um período bem maior, fixado pelo cálculo atuarial. É uma garantia a longo prazo.

Pontos de destaque do art. 201 da CRFB/1988:

- caráter contributivo;
- filiação obrigatória
- equilíbrio financeiro
- equilíbrio atuarial

Tal regime é esmiuçado pela Lei 8.213/1991, que em seu art. 2º dispõe sobre os princípios aplicáveis. Da seguinte forma:

Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

- I - universalidade de participação nos planos previdenciários;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
- IV - Cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente;
- V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;

VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;

VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;

VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

Parágrafo único. A participação referida no inciso VIII deste artigo será efetivada a nível federal, estadual e municipal.

No que tange ao princípio do caráter contributivo e filiação obrigatória, conforme dito acima, é preciso ter em vista a obrigatoriedade de recolhimento da contribuição por parte do segurado. Assim, o direito à previdência social pressupõe o recolhimento da contribuição social e também a filiação obrigatória, estabelecendo o vínculo entre segurador e segurado.

Quanto ao equilíbrio financeiro e atuarial, também já explicados, mas aqui reforçados por sua importância, pode-se dizer que consiste na necessidade de as receitas suportarem o pagamento dos benefícios previdenciários a curto prazo. Quanto ao atuarial, consiste em saber se, a médio e a longo prazo, mesmo com diversas variáveis que devem ser levadas em consideração (como o envelhecimento da população brasileira), as receitas previdenciárias ainda suportarão o pagamento dos benefícios previdenciários.

No que se refere ao cálculo dos benefícios considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente, deve-se entender que o valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não pode ser inferior ao do salário mínimo. O valor da renda mensal dos benefícios previdenciários limitados a um teto máximo tem a ver com a finalidade da previdência, que é

justamente assegurar a sobrevivência digna do beneficiário, e não o mesmo padrão financeiro da atividade. Tem-se aqui em vista o mínimo existencial e não a manutenção de um padrão anterior.

Quando se fala em preservação do valor real dos benefícios quer dizer que esta é a base do princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios, que assegura não apenas a manutenção do valor nominal destas prestações previdenciárias, mas também sua atualização. Ao fazer menção à possibilidade da previdência complementar facultativa,

custeada por contribuição adicional deu-se ao contribuinte a opção de se filiar, ainda, a um segundo regime para complementar sua renda.

No que tange à contagem recíproca de tempo de contribuição, este princípio é aplicável para efeito de aposentadoria, e assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei (art. 201, § 9º, da CF/88).

O sistema especial de inclusão previdenciária está previsto no art. 201, § 12, da CF/88, que diz que a disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência. O objetivo dessa norma é garantir o mínimo existencial a todos.

## **5 Sujeitos da relação jurídica de previdência social: segurados e tomadores de serviços**

Quando tratamos dos sujeitos da relação jurídica previdenciária pensamos nos seus principais contribuintes: segurados e tomadores de serviços. No entanto, existem ainda outros sujeitos, com importância um

pouco menor, mas que também devem ser mencionados. É tendo em vista esse conglomerado de sujeitos que damos continuidade a este capítulo.

Inicialmente, precisamos definir quais seriam os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social. Estes podem ser divididos em duas categorias: os segurados e os dependentes. Os pensionistas nada mais são que dependentes em gozo da pensão por morte e por isso não se apresentam como terceira espécie de beneficiários da previdência social.

Para diferenciar as duas categorias de beneficiários podemos nos valer do critério contributivo. Desta forma, o segurado é quem contribui para o regime, enquanto o dependente não recolhe contribuição, mas apenas auferes os benefícios por alguma ligação a um dos segurados.

Os dependentes são tratados no art. 16 da Lei nº 8213/1991 da seguinte forma:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)



§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 6º Na hipótese da alínea c do inciso V do § 2º do art. 77 desta Lei, a par da exigência do § 5º deste artigo, deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 7º Será excluído definitivamente da condição de dependente quem tiver sido condenado criminalmente por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Importante destacar que, conforme ocorre também no direito sucessório, a classe mais próxima exclui a mais remota. Ou seja, se tivermos dependentes da classe um, a presença de dependentes das classes dois ou três é indiferente, já que esses nada receberão.

Sobre o tema, cabe leitura de julgado relevante do STJ tratando da relação dos dependentes e dos sucessores com as verbas não gozadas pelo segurado: Os valores previdenciários não recebidos pelo segurado em vida, mesmo que reconhecidos apenas judicialmente, devem ser pagos, prioritariamente, aos dependentes habilitados à pensão por morte, para só

então, na falta destes, serem pagos aos demais sucessores na forma da lei civil.

Ex: João era aposentado do INSS. Ele ajuizou ação alegando que sua aposentadoria foi concedida em valor menor do que seria devido e, portanto, pediu a revisão de seu benefício e o recebimento dos valores retroativos que deixaram de ser pagos a ele ao longo dos anos. O pedido foi julgado procedente em 1ª instância, condenando o INSS a revisar a aposentadoria do autor desde a data de sua concessão e a pagar-lhe R\$ 40 mil de parcelas atrasadas. O INSS recorreu contra a sentença. Antes que o recurso fosse julgado, João faleceu.

Os dependentes previdenciários de João terão direito de receber os valores. Somente se não houver dependentes é que esse valor será pago aos herdeiros do falecido. Isso se deve à regra do art. 112 da Lei nº 8.213/91, que deve ser aplicada tanto no âmbito administrativo como no judicial. (STJ. 2ª Turma. REsp 1.596.774-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/3/2017).

Já os segurados são pessoas físicas com idade mínima de 16 anos (exceto o menor aprendiz, que pode ter 14 anos), com vínculo com a previdência social, que estabelecerá a relação jurídica previdenciária.

Com relação à idade mínima muito já foi discutido pelos tribunais superiores. Isso porque em que pesa haja uma proibição ao trabalho dos menores de idade, exceto nas condições acima, muitas vezes essa proibição é desrespeitada. Em havendo desrespeito o que não se pode é prejudicar duplamente aquele menor explorado. Ou seja, se ele já tiver trabalhado, não se pode desconsiderar suas contribuições pois isso lhe seria ainda mais prejudicial. Dessa forma já se manifestou o STF:

A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de ser possível a contagem de tempo de serviço do trabalhador rural ou rurícola menor de

quatorze anos de idade. Mesmo proibindo a Constituição o trabalho infantil, ocorrido ele, deve ser considerado para efeito dos benefícios que lhe são inerentes.<sup>14</sup> Assim, nos termos da jurisprudência do STF, o art. 70., XXXIII, da Constituição não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos. (RE 600.616 AgR).

É este, também, o entendimento do STJ no julgamento do AgRg no Resp 1.150.829:

É firme neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido da possibilidade de cômputo do labor rural comprovadamente desempenhado por menor de 12 (doze) anos de idade.

No mesmo sentido também se alinham os seguintes julgados do STJ: Resp 314.059, Resp 396.338, Resp 397.045, Resp 361.142, Ag Resp 443.250 e Ag Resp 410.545, entre vários outros.

Partindo agora para uma classificação dos segurados propriamente ditos, estes podem ser divididos em dois grandes grupos: os segurados obrigatórios e os segurados facultativos. Os segurados obrigatórios são aqueles que exercem atividade remunerada elencada no Regime Geral de Previdência Social e, portanto, possuem filiação obrigatória. Eles podem ser de cinco categorias diferentes: os empregados, empregados domésticos, trabalhadores avulsos, contribuintes individuais e segurados especiais.

Os segurados facultativos são aqueles que não exercem atividade remunerada, mas por acharem conveniente se filiam voluntariamente ao sistema previdenciário. Nos termos do art. 13 da Lei nº 8213/1991 “é segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime

Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do art. 11”.

O que diferencia um segurado obrigatório do segurado facultativo é que o segurado obrigatório exerce atividade remunerada, enquanto o facultativo não o faz. Dando continuidade ao estudo dos sujeitos, passemos, portanto, à análise de cada um dos possíveis segurados obrigatórios. Segurados empregados seriam, geralmente, aqueles que possuem relação de emprego, não se limitando, aqui, esta relação de emprego àquela do Direito do Trabalho. A ideia do estabelecimento de uma relação empregatícia aqui é mais ampla e abarca quantidade muito maior de pessoas, desta forma:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

- a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;
- b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;
- c) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior;
- d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a ela subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular;
- e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio;

- f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional; [...].
- g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 8.647, de 13.4.93)
- i) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).
- j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;

Já o segurado obrigatório doméstico é aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana. Vale ressaltar que a LC n. 150/2015, em seu art. 10., parágrafo único, dispõe que “é vedada a contratação de menor de 18 (dezoito) anos para desempenho de trabalho doméstico, de acordo com a Convenção n. 182/1999, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com o Decreto n. 6.481/2008”. Desta forma, a idade mínima para essa hipótese de segurado será de 18 anos. Os trabalhadores avulsos, nos termos da Lei 8.213/1991 define como trabalhador avulso quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento.

O Decreto n. 3.048/1999, que regulamenta o assunto, por sua vez define o trabalhador avulso como aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão de obra – OGMO ou do sindicato da categoria.

Por sua vez, os contribuintes individuais são aqueles que exercem atividades econômicas que gerem renda ou disponibilidade econômica, mas se encontram na condição de empregados. Segundo o art. 12 da Lei 8212/1991 são eles:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

V - como contribuinte individual: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 10 e 11 deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008).

b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral - garimpo, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa; (Redação dada pela Lei nº 10.403, de 2002).

d) revogada; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

e) o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

f) o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito

para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não; [...].

Cabe destacar que o contribuinte individual não pode ser confundido com o segurado facultativo. O segurado facultativo é aquele que não exerce atividade remunerada e, por isso, tem opção de contribuir ou não.

Já o contribuinte individual é segurado obrigatório porque embora não estabeleça relação de emprego, ele exerce sim atividade remuneratória, o que lhe inclui no rol legal de filiação obrigatória só Regime Geral de Previdência Social. Dentro da categoria dos segurados obrigatórios, temos, ainda, os segurados especiais. Segundo o art. 12 da Lei 8212/1991, são eles:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008).

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; ou (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 20 da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça

dessas atividades o principal meio de vida; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

b) pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

Por fim, cabe trazer à tona uma celeuma que foi discutida nos tribunais superiores. Importa saber se os exercentes de mandato eletivo (Presidente da República, Senadores, Deputados Federais, Governadores, Deputados Estaduais, Prefeitos e Vereadores) pagam contribuição previdenciária ao INSS. Ou seja, se eles são considerados segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que irá depender. Os “políticos” (exercentes de mandato eletivo) deverão estar, obrigatoriamente, vinculados a um regime de previdência, seja ele próprio ou geral. Então, se houver lei prevendo regime próprio para aquele grupo de “políticos” (exemplo: Deputados Federais e Senadores), então, eles estarão vinculados ao regime próprio, devendo pagar contribuição previdenciária para o referido plano. Por outro lado, se não houver lei prevendo regime próprio serão considerados segurados obrigatórios do RGPS (“empregados”) e deverão pagar as contribuições previdenciárias ao INSS sobre os rendimentos que recebem.

Até então, quando do estudo dos sujeitos da relação jurídica previdenciária foram vistos os beneficiários, quais sejam: segurados e dependentes. Em que pese enorme importância dessas figuras para o Regime Geral de Previdência Social, sobretudo dos segurados que detêm participação ativa nesta relação jurídica, temos ainda outra figura.



Ela está baseada nos chamados tomadores de serviços. Os tomadores de serviços também assumem atitude ativa na relação jurídica previdenciária, uma vez que também são contribuintes e, portanto, colaboram para o financiamento do sistema. Nos termos do Art. 14 da Lei nº 8213/1991 são considerados tomadores de serviços:

Art. 14. Consideram-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional;

II - empregador doméstico - a pessoa ou família que admite a seu serviço, sem finalidade lucrativa, empregado doméstico.

Parágrafo único. Equiparam-se a empresa, para os efeitos desta Lei, o contribuinte individual e a pessoa física na condição de proprietário ou dono de obra de construção civil, em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras.

## **6 Pressupostos das prestações no RGPS: qualidade de segurado, carência e evento determinante**

Vistos os sujeitos da relação jurídica previdenciária passa-se a analisar os pressupostos das prestações no Regime Geral de Previdência Social. Ou seja, o objeto de estudo no presente momento diz respeito às condições necessárias para que os benefícios da previdência sejam auferidos. Serão destacados três elementos: a qualidade de segurado, a carência e o evento determinante.

Para que a qualidade de segurado seja alcançada pelo contribuinte é indispensável que haja uma relação prévia, chamada de filiação. A filiação pode ser definida como relação jurídica que se estabelece entre indivíduo

e a autarquia federal, que é o Instituto Nacional de Seguridade Social, para que este contribuinte, então, passe a ter direito às prestações.

A qualidade de segurado só se estabelece após a filiação do contribuinte, não é possível que o contribuinte adquira esta qualidade sem antes estabelecer a relação jurídica com o INSS. A filiação pode ser entendida como a criação de vínculo com o regime que possibilita a aquisição da qualidade de segurado, sendo esta um dos pressupostos essenciais para que possa gozar dos benefícios. Ocorre da seguinte forma:

Art. 20. Filiação é o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a previdência social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações.

§ 1º A filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios, observado o disposto no § 20, e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo. (Incluído pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

§ 2º A filiação do trabalhador rural contratado por produtor rural pessoa física por prazo de até dois meses dentro do período de um ano, para o exercício de atividades de natureza temporária, decorre automaticamente de sua inclusão na GFIP, mediante identificação específica. (Incluído pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Ocorre que a qualidade de segurado, da mesma forma que é adquirida por meio da filiação, pode ser perdida em algumas hipóteses legais. São elas: se o segurado deixa de realizar atividade laborativa remunerada, é demitido ou, sendo contribuinte individual, deixa de pagar a contribuição previdenciária.

Ponto muito importante que deve ser destacado é que filiação não corresponde à inscrição e, por isso, pode se dar em momentos distintos. A filiação é o estabelecimento da relação jurídica entre contribuinte e a autarquia que gera a qualidade de segurado. Tal conceito não se confunde

com a inscrição. A inscrição nada mais é que a formalização desta relação jurídica, o que pode se dar em momento posterior, da seguinte forma:

Art. 18. Considera-se inscrição de segurado para os efeitos da previdência social o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis a sua caracterização, observado o disposto no art. 330 e seu parágrafo único, na seguinte forma: (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

I - o empregado e trabalhador avulso - pelo preenchimento dos documentos que os habilitem ao exercício da atividade, formalizado pelo contrato de trabalho, no caso de empregado, observado o disposto no § 2º do art. 20, e pelo cadastramento e registro no sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, no caso de trabalhador avulso; (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

II - empregado doméstico - pela apresentação de documento que comprove a existência de contrato de trabalho;

III - contribuinte individual - pela apresentação de documento que caracterize a sua condição ou o exercício de atividade profissional, liberal ou não; (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

IV - segurado especial - pela apresentação de documento que comprove o exercício de atividade rural; e (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

V - facultativo - pela apresentação de documento de identidade e declaração expressa de que não exerce atividade que o enquadre na categoria de segurado obrigatório. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

Pela importância do tema, segue o final do dispositivo legal:

§ 1º A inscrição do segurado de que trata o inciso I será efetuada diretamente na empresa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra e a dos demais no Instituto Nacional do Seguro Social. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

§ 2º A inscrição do segurado em qualquer categoria mencionada neste artigo exige a idade mínima de dezesseis anos.

§ 3º Todo aquele que exercer, concomitantemente, mais de uma atividade remunerada sujeita ao Regime Geral de Previdência Social será obrigatoriamente inscrito em relação a cada uma delas.

§ 4º (Revogado pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

§ 5º Presentes os pressupostos da filiação, admite-se a inscrição post mortem do segurado especial. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

§ 6º A comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis à caracterização do segurado poderá ser exigida quando da concessão do benefício. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

§ 7º A inscrição do segurado especial será feita de forma a vinculá-lo ao seu respectivo grupo familiar e conterà, além das informações pessoais, a identificação da forma do exercício da atividade, se individual ou em regime de economia familiar; da condição no grupo familiar, se titular ou componente; do tipo de ocupação do titular de acordo com tabela do Código Brasileiro de Ocupações; da forma de ocupação do titular vinculando-o à propriedade ou embarcação em que trabalha, da propriedade em que desenvolve a atividade, se nela reside ou o município onde reside e, quando for o caso, a identificação e inscrição da pessoa responsável pelo grupo familiar. (Incluído pelo Decreto nº 6.722, de 2008). § 8º O segurado especial integrante de grupo familiar que não seja proprietário do imóvel rural ou da embarcação em que desenvolve sua atividade deve informar, no ato da inscrição, conforme o caso, o nome e o CPF do parceiro ou meeiro outorgante, arrendador, comodante ou assemelhado. (Incluído pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

## **7 Filiação x inscrição**

→ A filiação é o estabelecimento da relação jurídica entre contribuinte e autarquia.

→ A inscrição é a formalização dessa relação jurídica.

Há que ressaltar que o dependente, por não ser contribuinte, não adquire a qualidade de segurado, mas precisa de inscrição junto à autarquia, que deve se dar desta forma:

Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto nº 4.079, de 2002).

I - para os dependentes preferenciais:

- a) cônjuge e filhos - certidões de casamento e de nascimento;
- b) companheira ou companheiro - documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso; e
- c) equiparado a filho - certidão judicial de tutela e, em se tratando de enteado, certidão de casamento do segurado e de nascimento do dependente, observado o disposto no § 3º do art. 16;

II - pais - certidão de nascimento do segurado e documentos de identidade dos mesmos; e

III - irmão - certidão de nascimento.

Esse mandamento legal deixa claro, mais uma vez, a necessidade de se diferenciar filiação de inscrição. A filiação é exclusiva dos segurados, enquanto a inscrição deve ser feita também em relação aos dependentes para que estes auferam o benefício. A filiação só ocorre em relação aos segurados, enquanto a inscrição se dá em relação a todos os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, quais sejam: segurados e dependentes.

Tendo em vista que a previdência possui caráter contributivo, conforme elencado acima, é possível que haja a perda da qualidade de segurado. Então, pode ocorrer situação em que teremos a manutenção ou não dessa situação.

Via de regra o segurado obrigatório manterá sua qualidade de segurado enquanto permanecer no exercício de uma atividade remunerada, enquanto recolher as contribuições. Ocorre que a lei dá, ainda, a possibilidade de manutenção, ou seja, de permanência nessa qualidade em alguns

casos específico para maior proteção do indivíduo. Esses casos estão representados no Art. 15 da Lei 8213/1991 e são chamados de período de graça:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício, exceto do auxílio-acidente; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).

II - até doze meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, que estiver suspenso ou licenciado sem remuneração ou que deixar de receber o benefício do Seguro-Desemprego; (Redação dada pela Medida Provisória nº 905, de 2019).

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

O período de graça prolonga a qualidade de segurado, mas não conta como tempo de contribuição para fins de aposentadoria, por exemplo. Faz-se mister destacar, ainda, que O § 2º do art. 15 da Lei 8.213/91 prevê que o período de graça do segurado será acrescido de 12 meses se ele estiver desempregado e comprovar essa situação “pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social”. Questão interessante discutida pelo STJ é se a situação de desemprego do segurado pode ser provada por outros meios, sendo concluído pela Corte Cidadã que sim. O registro no órgão próprio do TEM não é o único meio de prova admissível para que o segurado desempregado comprove a situação de desemprego para a prorrogação do período de graça, sendo admitidas outras provas, como a testemunhal.

Outra conclusão de destaque a que chegou a Corte é que o simples fato de não haver anotação na CTPS do segurado não é prova suficiente de que ele estava desempregado para fins do § 2º do art. 15. A ausência de anotação laboral na CTPS do indivíduo não é suficiente para comprovar a sua situação de desemprego. Isso porque pode ser que ele tenha trabalhado em alguma atividade remunerada na informalidade, não tendo assinado carteira.

Ocorre que, ainda com o período de graça, também pode se dar a perda da qualidade de segurado. Esta acontece quando, após o período de graça, aquele indivíduo não voltou a verter contribuições. Nos termos do art. 102 da Lei. 8213/1991 a perda da qualidade de segurado possui alguns efeitos, quais sejam:

Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

§ 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a

legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997).

§ 2º Não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

No entanto, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, é possível que o indivíduo a recupere, para tanto basta que volte a se encaixar em qualquer das hipóteses de filiação, seja ela obrigatória ou facultativa.

Lado a lado com a ideia da qualidade de segurado deve ser trabalhado também o conceito de carência. A carência constitui outro requisito para que os benefícios previdenciários sejam auferidos. Seu conceito se encontra no Art. 24 da Lei 8.213/1991:

Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Parágrafo único. (Revogado pela lei nº 13.457, de 2017),

Certos benefícios dependem de períodos diferentes de carência, são eles:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;

II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 1994)

III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do caput do art. 11 e o art. 13 desta Lei: 10 (dez) contribuições mensais, respeitado



o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei; e (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).

IV - auxílio-reclusão: 24 (vinte e quatro) contribuições mensais. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019).

Parágrafo único. Em caso de parto antecipado, o período de carência a que se refere o inciso III será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

No entanto, alguns outros benefícios podem ser gozados sem que esse lapso temporal tenha que ser cumprido:

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

I - pensão por morte, salário-família e auxílio-acidente; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).

II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

III - os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei;

IV - serviço social;

V - reabilitação profissional.

VI - Salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Por fim, encerrando os conceitos básicos da relação jurídica previdenciária, passa-se a falar do evento determinante. O evento determinante pode ser conceituado como a situação que, uma vez alcançada em conjunto

com os demais requisitos previdenciários, leva ao gozo do benefício. Por exemplo, quando se trata do benefício de auxílio-doença, o evento determinante é a incapacidade para o trabalho habitual por mais de 15 dias corridos, na aposentadoria por idade será o advento da idade determinada para cada categoria, e assim por diante. Desta forma, cada benefício possui evento determinante distinto, a depender do que ele busca tutelar.

## **8 Formas de financiamento e regimes financeiros**

O artigo 195 da nossa Carta Magna traz noções elementares sobre o custeio da seguridade social, da seguinte forma:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Pela importância do tema, segue o fim do dispositivo:

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, «b».

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficiárias de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho, sendo também autorizada a adoção de bases de cálculo diferenciadas apenas no caso das alíneas “b” e “c” do inciso I do caput. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a

respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 11. São vedados a moratória e o parcelamento em prazo superior a 60 (sessenta) meses e, na forma de lei complementar, a remissão e a anistia das contribuições sociais de que tratam a alínea «a» do inciso I e o inciso II do caput. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

§ 13. (Revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

§ 14. O segurado somente terá reconhecida como tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social a competência cuja contribuição seja igual ou superior à contribuição mínima.

Tal dispositivo externa a já mencionada tríplice fonte de custeio que inclui os orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de contribuições pagas pelos trabalhadores (e demais segurados) e pelas empresas (e demais empregadores e equiparados).

O art. 195 da CRFB /1988 traz o conceito da tríplice fonte de custeio, proveniente do seguintes sujeitos:

- Estado (União, Estados, DF e Municípios)
- Segurados
- Tomadores de serviços

Deve-se destacar, ainda, que a gestão é quadrúplice e encontra-se no art. 194 da CRFB/1988. Não se deve confundir gestão e financiamento. A gestão inclui, além dos personagens acima, também os aposentados. A reforma da previdência ocorrida em 2019 não modificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que aposentados que continuam a trabalhar com carteira assinada (e, portanto, são segurados obrigatórios)

devem contribuir para o sistema porque se incluem na categoria de segurados já existente, e não porque integrariam uma quarta fonte de custeio.

Além disso, a Constituição da República ainda prevê que a contribuição social vai ser incidente sobre a receita de concursos de prognósticos e do importador. Ademais, para garantir a expansão ou manutenção do sistema de seguridade social, o art. 195, § 4º, da CF/88, autoriza a criação de contribuição residual, desde que observados os certos requisitos formais (lei complementar) e materiais (não cumulatividade, base de cálculo e fato gerador diferentes das contribuições previstas nos incisos do art. 195 da CF/88).

### **9 Contribuintes e contribuições previdenciárias: fato gerador, base de cálculo e alíquotas**

Visto o sistema de custeio passamos à análise dos contribuintes e suas contribuições. A contribuição da União consta no Art. 11 da Lei nº 8212/1991:

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço; (Vide art. 104 da lei nº 11.196, de 2005)

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; (Vide art. 104 da lei nº 11.196, de 2005)

d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;

e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

Caso haja insuficiência de recursos para o custeio da Seguridade Social é a União a responsável por mobilizar tais valores. No que tange à contribuição dos segurados, esta tem uma peculiaridade que é, por força do princípio da vinculação obrigatória, só poder ser vertida para fins previdenciários. Princípio da vinculação obrigatória é aquele que determina que todas as contribuições dos segurados só podem ser vertidas para fins previdenciários, e não para custeio da Seguridade Social como um todo.

A base de cálculo da contribuição da maioria dos segurados da previdência social é o salário de contribuição. É o princípio da capacidade contributiva que justifica a variação das alíquotas desta forma. Este princípio possui como um de seus pilares a ideia de progressividade, de forma que quem recebe mais, participará com mais no custeio. Para entender melhor o que constitui salário de contribuição é indispensável que se saiba a redação do art. 28 da Lei nº 8212/1991, deste modo:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês,

observado o limite máximo a que se refere o § 5º; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999)

IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 50. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

Já para o contribuinte individual ou facultativo a alíquota é de 20% (vinte por cento) sobre o salário de contribuição. Embora a alíquota seja extremamente elevada, existe uma possibilidade para essa categoria de contribuintes que consiste na opção por um plano chamado de Plano Simplificado de Previdência, de forma resumida este sistema

funciona da seguinte forma:

No caso de opção pelo Plano Simplificado de Previdência, que importa na exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a alíquota de contribuição incidente sobre o salário-mínimo é de:

11% (onze por cento), no caso do segurado contribuinte individual, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado;

11% (onze por cento), no caso do segurado facultativo;

5% (cinco por cento), no caso do microempreendedor individual (empresário individual ou empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista no art. 18-A da LC n. 123/2006).

No caso do segurado facultativo de baixa renda (família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico cuja renda mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos), a alíquota também é de 5% (cinco por cento).

Esses segurados, beneficiados com a redução da alíquota, caso pretendam contar o tempo de contribuição correspondente para fins de obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição ou da contagem recíproca do tempo de contribuição, são obrigados a complementar a contribuição mensal mediante recolhimento, sobre o valor correspondente ao limite mínimo mensal do salário-de-contribuição em vigor na competência a ser complementada, da diferença entre o percentual pago e o de 20% (vinte por cento), acrescido dos juros moratórios (Lei n. 9.430/1996, art. 5º, § 3º).

O segurado especial, em virtude de sua situação peculiar (renda sazonal), é o único segurado que contribui sobre uma base de cálculo que não é o salário de contribuição e sim o resultado da comercialização da sua produção sendo 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção ou 0,1% da receita bruta proveniente

da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

As empresas contribuirão em cima da sua folha de pagamento de quatro formas diferentes que são: contribuição básica de 20% (art.22, I e III, da Lei n. 8.212/91), a contribuição para o seguro de acidente do trabalho (SAT) (art. 22, II, da Lei n. 8.212/91), a contribuição para a aposentadoria especial (art. 57, § 6º, da Lei n. 8.213/91) e a contribuição adicional das instituições financeiras (art. 22, § 1º, da Lei n. 8.212/91).

Além dessas, as empresas também são responsáveis pelas chamadas contribuições substitutivas que são basicamente a substituição da folha de pagamento por outra base de cálculo em alguns casos específicos que o legislador optou.

São casos de contribuições substitutivas: da associação desportiva que mantém equipe de futebol pagará 5% (cinco por cento) da receita bruta; a contribuição do empregador rural pessoa física que é de 2% da



receita bruta proveniente da comercialização da sua produção ou 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho; os consórcios simplificados de produtores rurais pagarão contribuições em relação à remuneração paga, devida ou creditada ao trabalhador rural contratado pelo consórcio, pela contribuição dos respectivos produtores rurais, calculada sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; e por fim, a agroindústria pagará sobre o valor da receita bruta proveniente da comercialização da produção as alíquotas de 2,5% (dois vírgula cinco por cento) destinados à Seguridade Social e 0,1% (zero vírgula um por cento) para o financiamento da aposentadoria especial, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade para o trabalho decorrente dos riscos ambientais da atividade.

As empresas ainda arcam com contribuições sobre o lucro que variam de 9 a 20%, é a chamada CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. No que tange às empresas, estas precisam arcar também com duas outras contribuições, desta vez relativas à receita bruta.

São as seguintes: a contribuição para o Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP (LC n.7/1970 e n. 8/1970); e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS (LC n. 70/1991).

Os empregadores de empregados domésticos também são sujeitos contribuintes da relação jurídica previdenciária, devendo arcar com os seguintes valores incidentes sobre o salário de contribuição do empregado doméstico a seu serviço: 8% (oito por cento) e 0,8% (oito décimos por cento) para o financiamento do seguro contra acidentes de trabalho. Ademais, nos termos dos ditames constitucionais temos ainda as contribuições

provenientes de concursos de prognósticos, que basicamente são os concursos de sorteios.

Também são cobradas contribuições sobre importações para o território nacional que podem ter como contribuintes o importador, assim considerada a pessoa física ou jurídica que promova a entrada de bens estrangeiros no território nacional; a pessoa física ou jurídica contratante de serviços de residente ou domiciliado no exterior; e o beneficiário do serviço.

Incorrerá a prestação na hipótese em que o contratante também seja residente ou domiciliado no exterior, nas situações a entrada de bens estrangeiros no território nacional; ou o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado, cuja o valor aduaneiro; ou o valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido para o exterior, antes da retenção do imposto de renda, acrescido do Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza – ISS e do valor das próprias contribuições.

As alíquotas aplicáveis são sobre a importação de bens, de 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento), para a Contribuição para o PIS/Pasep-Importação; e 9,65% (nove inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento), para a Cofins-Importação; e sobre a importação de serviços, de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento), para a Contribuição para o PIS/Pasep-Importação; e 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento), para a Cofins-Importação.

O STF analisou a questão referente à “base de cálculo do PIS e da COFINS sobre a importação”, e firmou a tese de que “é inconstitucional a parte do art. 7º, I, da Lei 10.865/2004 que acresce à base de cálculo da denominada PIS/COFINS-Importação o valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e o valor das próprias contribuições”.

Entendimento exarado no RE 559.937, com repercussão geral. Por fim, em que pese não haja previsão constitucional, a legislação infraconstitucional previu outras formas de custeio da seguridade social no Art. 27 da Lei nº 8.212/1991:

Art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social:

I - as multas, a atualização monetária e os juros moratórios;

II - a remuneração recebida por serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança prestados a terceiros;

III - as receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens;

IV - as demais receitas patrimoniais, industriais e financeiras;

V - as doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais;

VI - 50% (cinquenta por cento) dos valores obtidos e aplicados na forma do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal;

VII - 40% (quarenta por cento) do resultado dos leilões dos bens apreendidos pelo Departamento da Receita Federal;

VIII - outras receitas previstas em legislação específica.

Parágrafo único. As companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde-SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito.

## 9.1 Casos Especiais

Quanto aos contribuintes a legislação elenca, ainda, alguns casos especiais. Ressalte-se que algumas formas de contribuição foram tratadas no tópico anterior, neste ponto o que se pretende destacar são formas anômalas de responsabilização de certos sujeitos. O estudo do tema terá início

análise da responsabilidade solidária. Inicialmente, convém revisar conceitos básicos para melhor compreensão sobre o tema.

Quando falamos em obrigações, consideradas em si mesmas, estas basicamente podem ter três naturezas. As obrigações podem ser, então, morais, naturais ou civis.

As obrigações morais são aquelas baseadas unicamente nos valores morais dos seus indivíduos, sem nenhuma obrigatoriedade para o mundo jurídico. É o caso, por exemplo, do pagamento do dízimo na igreja católica. Já as obrigações naturais são obrigações baseadas na consciência do indivíduo. Nestes casos, a obrigação de fato foi contraída e existe no mundo jurídico, no entanto ela não tem o elemento exigibilidade.

É o que ocorre, por exemplo, com as chamadas gorjetas nos restaurantes. Embora seja praxe o seu pagamento, não existe qualquer compulsoriedade neste sentido. Por fim, temos as chamadas obrigações civis. São consideradas obrigações civis aquelas que detêm todos os elementos indispensáveis para o estabelecimento de uma relação jurídica obrigacional, nos termos da legislação brasileira. São tais elementos: os sujeitos, o objeto e o vínculo jurídico. O vínculo jurídico, elemento que se destaca para o tema analisado, é entendido como o elemento imaterial das obrigações que conecta sujeitos ao objetivo.

Por sua vez, esse elemento imaterial possui uma divisão. Ele é bipartido (para a doutrina amplamente majoritária no ordenamento jurídico brasileiro, chamada de corrente dualista) entre dever e responsabilidade. E é exatamente este o ponto que nos interessa. O dever pode ser de um sujeito específico, porém a responsabilidade, por um motivo de conveniência ao legislador vai ser repassada a outra pessoa. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de obras com o proprietário, incorporador, dono da obra, condômino, incorporador, construtor e subempreiteiro. Desta forma

qualquer um deles se torna responsável pelo pagamento das contribuições. O mesmo acontece em outros casos como,

por exemplo, com empresas que integram o mesmo grupo econômico. Para além da responsabilidade solidária, temos também o caso de contribuição especial das ações trabalhistas, nos termos do art. 43 da Lei nº 8212/1991:

Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social. (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

§ 1º Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas às contribuições sociais, estas incidirão sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 4º No caso de reconhecimento judicial da prestação de serviços em condições que permitam a aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, serão devidos os acréscimos de contribuição de que trata o § 60 do art. 57 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 5º Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 6º Aplica-se o disposto neste artigo aos valores devidos ou pagos nas Comissões de Conciliação Prévia de que trata a Lei no 9.958, de 12 de janeiro de 2000. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Podemos, ainda, tratar de dois casos especiais de contribuição que são a responsabilidade por substituição e a imunidade. A chamada responsabilidade por substituição nada mais seria do que a chamada retenção, vista no item anterior. A terminologia “substituição” é bastante criticada pela doutrina contemporânea, uma vez que há uma confusão entre este termo com o que seria tecnicamente mais correto, a chamada retenção.

O termo tecnicamente mais aceito pela doutrina, nos dias de hoje, seria a chamada retenção, e não substituição. Por fim, vale falar sobre a imunidade no Direito Previdenciário. A imunidade pode ser definida como uma isenção constitucionalmente qualificada, ou seja, é uma ausência da obrigação de pagar determinada contribuição prevista na Constituição de República.

Dessa forma, podemos destacar como exemplo de imunidade aquelas previstas no art. 195§7 da CRFB/1988, com os seguintes dizeres: são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

A lei que regulamenta tal dispositivo constitucional é a Lei nº 12.101/2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de

maio de 2003, e da Medida Provisória no 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

## **10 Arrecadação e recolhimento**

Com relação à arrecadação e recolhimento das verbas utilizadas para o custeio temos importante e detalhado regramento no art. 30 da Lei nº 8.212/1991:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

b) recolher os valores arrecadados na forma da alínea a deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência; (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

c) recolher as contribuições de que tratam os incisos I e II do art. 23, na forma e prazos definidos pela legislação tributária federal vigente;

II - os segurados contribuinte individual e facultativo estão obrigados a recolher sua contribuição por iniciativa própria, até o dia quinze do mês seguinte ao da competência; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999)<sup>40</sup>

Tendo em vista a importância do tema, cabe expor o fim do dispositivo:

III - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa são obrigadas a recolher a contribuição de que trata o art. 25 até o dia 20 (vinte)

do mês subsequente ao da operação de venda ou consignação da produção, independentemente de essas operações terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, na forma estabelecida em regulamento; (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

IV - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa ficam sub-rogadas nas obrigações da pessoa física de que trata a alínea “a” do inciso V do art. 12 e do segurado especial pelo cumprimento das obrigações do art. 25 desta Lei, independentemente de as operações de venda ou consignação terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, exceto no caso do inciso X deste artigo, na forma estabelecida em regulamento; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97) (Vide decisão-STF Petição nº 8.140 - DF)

V - o empregador doméstico é obrigado a arrecadar e a recolher a contribuição do segurado empregado a seu serviço, assim como a parcela a seu cargo, até o dia 7 do mês seguinte ao da competência; (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)

VII - exclui-se da responsabilidade solidária perante a Seguridade Social o adquirente de prédio ou unidade imobiliária que realizar a operação com empresa de comercialização ou incorporador de imóveis, ficando estes solidariamente responsáveis com o construtor;

VIII - nenhuma contribuição à Seguridade Social é devida se a construção residencial unifamiliar, destinada ao uso próprio, de tipo econômico, for executada sem mão-de-obra assalariada, observadas as exigências do regulamento;



- IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;
- X - a pessoa física de que trata a alínea “a” do inciso V do art. 12 e o segurado especial são obrigados a recolher a contribuição de que trata o art. 25 desta Lei no prazo estabelecido no inciso.

De acordo com o art. 31 da lei acima referida, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá ainda, reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher.

Além disso, todas as empresas estão submetidas a uma série de obrigações acessórias a serem cumpridas para perfeito cumprimento da obrigação previdenciária. Tais obrigações constam do artigo 32 da referida lei e consistem em modos de facilitar o cumprimento e a fiscalização do seu pagamento, como por exemplo preparar folhas-de-pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão competente da Seguridade Social.

Ainda, sobre arrecadação, cabe destacar posicionamento da Lei sobre o tema:

Compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições previdenciárias, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos III deste artigo, caso comercializem a sua produção: (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)

a) no exterior; (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)

b) diretamente, no varejo, ao consumidor pessoa física; (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)

c) à pessoa física de que trata a alínea “a” do inciso V do art. 12; (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)

d) ao segurado especial; (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)

XI - aplica-se o disposto nos incisos III e IV deste artigo à pessoa física não produtor rural que adquire produção para venda no varejo a consumidor pessoa física. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)

XII – sem prejuízo do disposto no inciso X do caput deste artigo, o produtor rural pessoa física e o segurado especial são obrigados a recolher, diretamente, a contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

a) da comercialização de artigos de artesanato elaborados com matéria-prima produzida pelo respectivo grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

b) de comercialização de artesanato ou do exercício de atividade artística, observado o disposto nos incisos VII e VIII do § 10 do art. 12 desta Lei; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

c) de serviços prestados, de equipamentos utilizados e de produtos comercializados no imóvel rural, desde que em atividades turística e de entretenimento desenvolvidas no próprio imóvel, inclusive hospedagem, alimentação, recepção, recreação e atividades pedagógicas, bem como taxa de visitação e serviços especiais; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

XIII – o segurado especial é obrigado a arrecadar a contribuição de trabalhadores a seu serviço e a recolhê-la no prazo referido na alínea b do inciso I do caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

XIV - a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia fica obrigada a reter as contribuições dos beneficiários do Seguro-Desemprego de que trata a Lei nº 7.998, de 1990, e a Lei nº 10.779, de 2003, e recolhê-las ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Medida Provisória nº 905, de 2019)

§ 1º Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos.

## **11 Prescrição e decadência**

Os temas da prescrição e decadência já foram excessivamente debatidos tanto na seara doutrinária quanto na judicial. Inicialmente, cabe definir prescrição e decadência. Para a doutrina majoritária pode-se entender que a prescrição consiste na perda do direito de ação em relação a um direito, ou seja, na perda de sua exigibilidade no ordenamento jurídico. Em contrapartida a decadência seria a perda do direito em si, e não apenas de sua exigibilidade.

### **11.1 Prescrição x Decadência**

A prescrição consiste na perda do direito de ação, direito de agir para pleitear o direito àquele crédito. A decadência representa a perda do direito em si, ou seja, a perda do crédito e não apenas o direito de agir para se exigir o crédito.

Havia previsão anterior legal de que os prazos, tanto decadenciais quanto prescricionais para o direito previdenciário seriam de 10 anos. Ocorre que tal hipótese foi refutada pelo STF, que inclusive editou súmula vinculante sobre o tema no seguinte sentido: são inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei n. 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Enunciados de Súmulas Vinculantes sempre representam tema de maior magnitude pois o entendimento neles regulamentado tem que ser seguido por todos os tribunais do país. Assim, segue novamente sua redação para reforço: súmula vinculante nº 8: são inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei n. 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Importante destacar que as recentes mudanças legislativas não alteraram os prazos prescricionais ou decadenciais em relação ao custeio. Isso porque, conforme entendimento STF exarado acima, o pagamento das contribuições tem natureza tributária, e não previdenciária, e por força constitucional devem ser alterados por meio de lei complementar.

No entanto, os prazos para requerimento de benefícios administrativamente (seara em que se aplicaria o prazo decadencial) ou para pugnar judicialmente (se aplicaríamos prazos prescricionais) foram alterados recentemente. Atualmente, portanto, os prazos tanto decadenciais quanto prescricionais em relação às contribuições previdenciárias são de 5 (cinco) anos.

## **Referências**

AGUIAR, Leonardo. Direito Previdenciário: curso completo. São Paulo: Editora Instituto Lydia Machado, 2020.

AMADO, Frederico. Casos de Prática Previdenciária: Casos Simulados com Resolução. Salvador: Juspodvm, 2020.

AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário. Salvador: Juspodvm, 2020.

AMADO, Frederico. Prática Previdenciária Processual nos Juizados Especiais Federais. Salvador: Juspodvm, 2020.

AMADO, Frederico. Reforma Previdenciária Comentada. Salvador: Juspodvm, 2020.

AMADO, Frederico e KERTZMAN, Ivan. Estudos aprofundados sobre a Reforma Da Previdência. Salvador: Juspodvm, 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 19 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.213 de 1991. Promulgada em 24 de julho de 1991. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm)> Acesso em: 19 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212 de 1991. Promulgada em 24 de julho de 1991. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8212compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212compilado.htm)> Acesso em: 19 de março de 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.048 de 1999. Promulgado em 06 de maio de 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm)> Acesso em: 19 de março de 2021.

CARDOSO, Phelipe. Manual de Direito Previdenciário - Volume Único. Salvador: Juspodvm, 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Buscador Dizer o Direito. Manaus: Juspodvm, 2020. Disponível em: <<https://www.buscadordizerdireito.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 18/03/2021

FRANCO, Alex Pereira. Reforma Da Previdência Social. Curitiba: Juruá, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual De Direito Previdenciário. Salvador: Juspodvm, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Previdenciária. Salvador: Juspodvm, 2020.

HUGO, Goes. Manual De Direito Previdenciário - Teoria e Questões. Rio de Janeiro: Ferreira, 2019.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. Salvador: Juspodvm, 2020.

KERTZMAN, Ivan. Entendendo a Reforma da Previdência. Salvador: Juspodvm, 2020.

LAZZARI, João Batista, CASTRO, Carlos Alberto P. De. Direito Previdenciário. São Paulo: Forense Jurídico Didático, 2016.

LAZZARI, João Batista, CASTRO, Carlos Alberto P. De. Manual De Direito Previdenciário. São Paulo: Forense Jurídico Didático, 2019.

LENZA, Pedro, SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Da Seguridade Social. São Paulo: Saraiva, 2019.

NETO, Odasir Piatini. Prescrição e Decadência dos Benefícios Previdenciários. Salvador: Juspodvm, 2020.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Direito Previdenciário Prático. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TANAKA, Eduardo. Direito Previdenciário. São Paulo: Clube de Autores, 2019.

## **Legislação e gestão ambiental: aspectos fundamentais**

### **1 Introdução**

O meio ambiente é um tema que vem sendo discutido ao longo do tempo em todas as esferas do mundo, mas o seu conceito começou a (re)modificar-se e, com isso, sua totalidade em relação a sua aplicabilidade passou a tomar grandes proporções. Por ser um tema complexo, tem o objetivo de investigá-lo e entendê-lo em todas as partes e dimensões.

A partir da modernidade e com a revolução industrial, o meio ambiente tornou-se pauta principal, onde sua discussão a nível mundial girou em torno de sua definição, preservação e proteção. Isto se deu quando estudiosos começaram a perceber que os recursos naturais presentes no meio ambiente são finitos.

Diante desta preocupação, grande parte dos estudos voltados ao meio ambiente versam sobre o desenvolvimento sustentável, a conservação das faunas e floras, uso consciente e o consumo reduzido, buscando manter o equilíbrio ecológico e, conseqüentemente, atuando no impacto da saúde, segurança e bem-estar das comunidades.

Pensando nas dinâmicas legais que regem os conceitos e as definições, iremos tratar das normativas e leis, código florestal e suas mudanças no novo modelo, bem como o conceito de EPIA/RIMA. Este capítulo abordará de forma ampla as leis que versam sobre o meio ambiente e tudo o que o compõe, na busca pela sua proteção.

A Gestão Ambiental, bem como os processos que a regem para um bom funcionamento, atrelada à ideia de responsabilidade ambiental, que buscará trazer a consciência de um cuidado coletivo visto que, como na Lei

6.938 de 1981, o meio ambiente é um bem público e deve ser protegido por todos. A importância da temática ambiental impacta diretamente nas relações de trabalho, por serem as formas mais ativas de vivência em sociedade. A partir do trabalho, são envolvidas as comunidades e sociedades, portanto, buscar novas formas e aplicar métodos eficazes no cuidado coletivo é de extrema importância em um espaço extremamente diversificado e de grande impacto mundial como o mercado de trabalho.

## **2 Legislação ambiental**

As leis ambientais configuram avanços extremos na preservação, conservação e monitoramento do meio ambiente. Leis que atuam em território nacional, abrangendo a toda população. Em comparação a países externos, o Brasil, apesar do mal gerenciamento de tais leis, é reconhecido pelo porte de estratégias, programas, leis e resoluções que conferem um aparato sólido. O que falta, porém? Uma das demandas são a falta de recursos humanos, de pessoal para o trabalho. Com um intenso comércio voltado a exploração do meio ambiente (mineração, agricultura, pecuária, etc), ainda carece de quantidade de fiscais e outros profissionais que possam atuar diariamente nestes campos. Nesta primeira parte do capítulo, iremos expor as resoluções, leis e políticas mais conhecidas e também cobradas em concursos públicos. Conforme Ruppenthal (2014):

- Lei da Fauna Silvestre – Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967 – a lei classifica como crime o uso, perseguição, apanha de animais silvestres, caça profissional, comércio de espécies da fauna silvestre e produtos derivados de sua caça, além de proibir a introdução de espécie exótica (importada) e a caça amadorística sem autorização do Ibama. Criminaliza também a exportação de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto.

- Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição – Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980 – atribui aos estados e municípios o poder



de estabelecer limites e padrões ambientais para a instalação e licenciamento das indústrias, exigindo o Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

- Lei da Área de Proteção Ambiental – Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981 – criou as “Estações Ecológicas”, áreas representativas de ecossistemas brasileiros, sendo que 90 % delas devem permanecer intocadas e 10 % podem sofrer alterações para fins científicos. Foram criadas também as “Áreas de Proteção Ambiental” ou APAS, áreas que podem conter propriedades privadas e onde o poder público limita as atividades econômicas para fins de proteção ambiental.

- Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – tornou obrigatório o licenciamento ambiental para atividades ou empreendimentos que possam degradar o meio ambiente e criou instrumentos como o estudo de impacto ambiental para vislumbrar possíveis alternativas e consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem como por entidades privadas, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional. Aumentou a fiscalização e criou regras mais rígidas para atividades de mineração, construção de rodovias, exploração de madeira e construção de hidrelétricas.

- Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – lei de interesses difusos, trata da ação civil pública de responsabilidades por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, turístico ou paisagístico.
- Crimes Ambientais – Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008 – instituiu punições administrativas e penais para pessoas ou empresas que agem de forma a degradar a natureza. Atos como poluição da água, corte ilegal de árvores, morte de animais silvestres tornaram-se crimes ambientais.
- Lei dos Agrotóxicos – Lei nº 7.802, de 10 de julho de 1989 – regulamenta desde a pesquisa e fabricação dos agrotóxicos até sua comercialização, aplicação, controle, fiscalização e também o destino da embalagem.

- Lei da Exploração Mineral – Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989 – regulamenta as atividades garimpeiras. Para estas atividades é obrigatória a licença ambiental prévia, que deve ser concedida pelo órgão ambiental competente. Os trabalhos de pesquisa ou lavra, que causarem danos ao meio ambiente são passíveis de suspensão, sendo o titular da autorização de exploração dos minérios responsável pelos danos ambientais. A atividade garimpeira executada sem permissão ou licenciamento é crime.
- Lei de Recursos Hídricos - institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos. Define a água como recurso natural limitado, dotado de valor econômico, que pode ter usos múltiplos (consumo humano, produção de energia, transporte, lançamento de esgotos). A lei prevê também a criação do Sistema Nacional de Informação sobre Recursos Hídricos para a coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão.
- Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – reordena a legislação ambiental brasileira no que se refere às infrações e punições. A pessoa jurídica, autora ou coautora da infração ambiental, pode ser penalizada, chegando à liquidação da empresa, se ela tiver sido criada ou usada para facilitar ou ocultar um crime ambiental.
- Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 – criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SUNC): definiu critérios e normas para a criação e funcionamento das Unidades de Conservação Ambiental.
- Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – estabelece diretrizes gerais da política urbana e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Através de lei municipal serão definidos os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração prévia de Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.
- Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015 – deliberou sobre o acesso ao patrimônio genético, acesso e proteção ao conhecimento genético e ambiental, assim como a repartição dos benefícios provenientes.

- Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 – estabeleceu sistemas de fiscalização sobre as diversas atividades que envolvem organismos modificados geneticamente.
- Resolução CONAMA nº 362, de 23 de junho de 2005 – determina a logística reversa de óleos lubrificantes, isto é, como deverá ser feito o recolhimento e a destinação deste material.
- Lei de Gestão de Florestas Públicas – Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006 – normatiza o sistema de gestão florestal em áreas públicas e criou um órgão regulador (Serviço Florestal Brasileiro). Esta lei criou também o Fundo de Desenvolvimento Florestal.
- Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009 – estabeleceu novas normas para a regularização de terras públicas na região da Amazônia.
- Resolução CONAMA nº 416, de 30 de setembro de 2009 – dispõe sobre a prevenção à degradação ambiental causada por pneus inservíveis e sua destinação ambientalmente adequada.
- Novo Código Florestal Brasileiro – Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 – dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, tendo revogado o Código Florestal Brasileiro de 1965.

### **3 Conceito EPIA/RIMA**

Dentre vários instrumentos do (PNMA), escolhemos dois que são bem difundidos e usados a campo, o EPIA e o RIMA, mecanismos estes de licenciamento ambiental. A resolução do CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, traz como conceitos importantes:

- I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.
- II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que

deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

IV - Impacto Ambiental Regional: é todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados.

No artigo 10, a resolução prevê que:

- A definição de documentos, projetos, e estudos necessários;
- Requerimento de licença ambiental;
- Análise pelo órgão licenciador;
- Eventual solicitação de esclarecimentos;
- Possível audiência pública;
- Deferimento ou indeferimento do pedido de licença.

Para tais licenciamentos têm-se diferentes tipos que podem ser concedidos isolados ou cumulativamente, sendo os tipos, expostos no art. 8º, da resolução 237/97 do Conama:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e

projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), é um processo que ocorre dentro do licenciamento ambiental, é utilizado para avaliação quando a administração pública solicitar. Dentro do EPIA temos o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), processo escrito pós a avaliação do EPIA, ou seja, o RIMA é o relatório expedido a partir do EPIA. Exigir-se á o EPIA quando a atividade for potencialmente causadora de degradação ambiental. O EPIA, segundo a resolução 237/97, art. 11, do CONAMA, “deve ser realizado por profissionais legalmente habilitados às expensas do empreendedor”, sendo condenado a ações administrativas, civis e penais, fraudes ou irregularidades no relatório. No art. 5º da resolução do CONAMA nº 001, traz em sua gênese critérios que devem ser avaliados no estudo (EPIA) e deve conter em seu relatório (RIMA), segue abaixo um trecho desta:

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender a legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando as com a hipótese de não execução do projeto;

II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos.

Os conceitos abaixo são muito importantes e costumam ser objetos de prova frequentemente.

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

#### **4 O código florestal**

A Lei 12.651:2012 se configura como o novo código florestal brasileiro, este foi criado em substituição à lei 4.771 de 15 de setembro de 1965, também um código florestal. Esta lei prevê normas para proteção da vegetação, matas nativas, o monitoramento de áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal. Além de, suscitar instrumentos

econômicos para alcance de seus objetivos, em que esteja presente o desenvolvimento sustentável.

O primeiro código florestal do Brasil foi feito em 1934, por conta da grande concentração de comércio e plantação de café. O avanço deste tipo de agricultura, começara a desvencilhar as matas. O Decreto nº 23.793/1934 estava contido na constituição de 1934, que dispunha de uma visão aberta às discussões sobre o meio ambiente já naquela época.

O que motivou as mudanças no código florestal brasileiro, foram os movimentos sociais de ambientalistas e ONG's, em 1960, com a revolução industrial isso tornou-se mais preocupante, porque a ideia progressista era de uma natureza “inesgotável”, infinita, a partir desta época, foi percebendo, como o meio ambiente era importante, e sua degradação trazia sérias mudanças para o meio vivente.

A partir de 1962, começaram-se os movimentos para mudanças da lei estabelecida em 1934, e em 15 de setembro de 1965, foi editada a lei nº 4.771 revogando o primeiro decreto federal nº 23.793/1934.

Sparoveket al. (2011) citado por Praes (2012) traz que, o código florestal de 1965 aplica-se a propriedades privadas. Ou seja, o proprietário rural deve reservar parte da sua terra, destinando-a a manutenção da vegetação natural, sendo esta realizada, principalmente, através de dois estatutos: Áreas de Preservação Permanente (APP's) e Reserva Legal (RL). Sendo que, os proprietários que não estiverem cumprindo as determinações previstas para as APP's e RL, segundo o código (Lei 4.771), terão que recompor as áreas que foram desmatadas.

As mudanças não param nesta época, com o decorrer dos anos, os índices de desmatamento só aumentaram entre 1994 e 1995, o INPE registrou o maior desmatamento da Amazônia já notificado naquela época. Ouve dentre os anos de 1965 a 2012, a criação de decretos, resoluções que

trouxesse a diminuição dos impactos ambientais, advindos principalmente por parte da agropecuária. Mas em 2011, a câmara de deputados aprova a revisão e reedição do código florestal, resultando em 2012, no conhecido “Novo Código Florestal Brasileiro”, Lei 12.651 de 25 de abril de 2012.

Este documento trouxe a inclusão da busca pelo desenvolvimento sustentável em todas as suas instâncias, mas abarcou divergências e conflitos entre ambientalistas e ruralistas, que afirmam serem prejudicados por mudanças no novo código florestal.

Apesar das críticas ao modelo, é uma lei que vigora atualmente em nosso território brasileiro e configura um importante instrumento legal para o combate à exploração de nossas matas.

## **5 Acidentes ambientais e planos de contingência**

Os Acidentes Ambientais são definidos como acontecimentos inesperados que afetam direta ou indiretamente, a segurança, a saúde da comunidade, causando impacto no meio ambiente como um todo. Podemos citar dois exemplos de acidentes ambientais, são eles os desastres naturais e os desastres tecnológicos.

### **a) Desastres Naturais:**

Ocorrências causadas por fenômenos da natureza, cuja maioria dos casos independe das intervenções do homem. Incluem-se nesta categoria os terremotos, os maremotos, os furacões, etc.



**b) Desastres Tecnológicos:**

Ocorrências geradas pelas atividades desenvolvidas pelo homem, tais como os acidentes nucleares, vazamentos durante a manipulação de substâncias químicas, etc. Mesmo distinguidos os dois tipos, sabemos que a interferência humana, pode ocasionar ambos os exemplos citados acima. No entanto, acidentes naturais ou desastres naturais

têm uma taxa de previsibilidade menor que os desastres tecnológicos.

Os desastres tecnológicos têm chance de uma previsibilidade maior, pois, são consequência de uma interferência humana, o que leva a criação de estatísticas, mapeamentos de riscos, e modelos de prevenção de acidentes, como planos de emergências entre outros.

O primeiro ponto a ser destacado é que, para uma prevenção ou intervenção eficiente, necessariamente, depende-se de uma identificação e avaliação dos riscos a que uma região possa estar exposta. O levantamento preciso e consistente auxilia na produção de dados, documentos, planos emergenciais e medidas preventivas e protetivas, tanto para os trabalhadores, quanto para a sociedade que cerca o local.

E esta regra vale para desastres naturais e desastres tecnológicos. Por exemplo, se você tem uma área em que a partir de estudos foram apontadas grandes chances de tsunamis e terremotos, os investimentos em fiscalização, manejos de prevenção e proteção devem ser desenvolvidos para minimização desses riscos. Ou seja, você tem planos, construções sólidas, sinais de alertas, tecnologias avançadas nos locais de previsibilidade, enfim, inúmeros recursos que devem nortear, para diminuição dos riscos, consequentemente do impacto.

Para acidentes tecnológicos, como exemplo. acidentes que envolvam substâncias tóxicas e ou perigosas, devem-se estabelecer etapas para manutenção destes riscos. A primeira etapa é o levantamento de acidentes,

caracterizando possíveis históricos para facilitar a compreensão do risco ou dos problemas que possa ter. A segunda etapa, compete ao levantamento das atividades que estão sendo desenvolvidas e, portanto, o grau de perigo exercido pelas tais, exemplos: atividades de indústrias, comércios, ferroviárias, rodoviárias, entre outros. A terceira etapa contempla a distinção das substâncias utilizadas, sua qualidade e seu impacto, exemplo: as indústrias utilizaram algum tipo de resíduo químico? Qual (is)? Alguma substância sólida?

A quarta etapa, concerne já na avaliação dos riscos destas atividades e destas substâncias utilizadas, por exemplo: Qual o impacto dessas substâncias? Ela pode ser letal? A empresa gera desmatamento? A quinta etapa refere-se às medidas de redução dos riscos, que engloba todo o processo de avaliação e fiscalização.

Este complexo de análises e decisões, distingue-se em situações e regiões diferentes, isto leva também a percebermos que, o trabalho em um conjunto interdisciplinar auxiliará em propostas e análises mais consistentes, portanto, valorizar o trabalho em equipe, bem como, os variados saberes, corrobora para uma gama de estratégias e ações mais nobres e eficazes.

Os planos de contingência se encaixam no exposto como mecanismos de prevenção de riscos, mas afinal o que são planos de contingência? Segundo a Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, o plano de contingência (PLANCON), funciona como um planejamento da resposta, sendo entendidos como: “documento que registra o planejamento elaborado a partir da percepção do risco de determinado tipo de desastres e estabelece os procedimentos e responsabilidades”. (Instrução Normativa nº 2 de 20 de dezembro de 2016).

Por conseguinte, contingência é “a situação de incerteza quanto a um determinado evento, fenômeno ou acidente, que pode se concretizar ou

não, durante um período de tempo determinado. A responsabilidade da execução de planos de contingência está nos municípios. Ao estado e à união, cabe a função de apoiar a execução local”.

A definição da tríade se torna importante, porque objetiva e qualifica as ações e planos para redução de riscos. O plano de contingência, portanto, configura-se como uma ferramenta extremamente necessária e importante para manutenção da qualidade de saúde, segurança e proteção do meio ambiente e tudo o que o compõe. De fato, cada realidade estará condicionada às suas especificidades e análises técnicas, e configura um conhecimento geral sobre os planos de contingência e sua importância para garantia de proteção, prevenção e diminuição de riscos. Observe as etapas:

- 1º PASSO – Percepção de risco: a decisão de construir um plano de contingência;
- 2º PASSO - A constituição de um grupo de trabalho;
- 3º PASSO – Análise do cenário de risco e cadastro de capacidades;
- 4º PASSO - Definição de ações e procedimentos;
- 5º PASSO - Aprovação;
- 6º PASSO - Divulgação do plano de contingência;
- 7º PASSO - Operacionalização;
- 8º PASSO - Revisão.

## **6 Introdução à gestão ambiental**

O processo de gestão ambiental entra em cena quando se promovem adaptações ou modificações no ambiente natural, de forma a adaptá-lo às necessidades individuais ou coletivas, gerando, assim, o ambiente urbano diversificado (PHILIPPI; ROMÉRO; BRUNA, 2014, p.3).

O homem é o grande agente transformador do ambiente natural, isto é, o agente que adapta e modifica o ambiente de modo a torná-lo urbano

(próprio). O ambiente urbano, por sua vez, é o resultado de agrupamentos instalados em ambientes naturais transformados e que para sua sobrevivência e desenvolvimento necessitam dos recursos do ambiente natural (PHILIPPI; ROMÉRO; BRUNA, 2014, p.3).

Conforme Diamond (2005) citado por Philippiet al. (2014), o sucesso ou fracasso de determinadas sociedades depende diretamente da maneira pela qual os recursos naturais são geridos. Daí a importância do processo de gestão baseado em variáveis inerentes aos recursos naturais, como a diversidade dos recursos extraídos, a velocidade

de extração, o modo de disposição, o tratamento dos seus resíduos e efluentes e a política de gestão escolhida, que poderá, no longo prazo, beneficiar ou levar prejuízos à população do local em foco. O grau de impacto do ambiente urbano sobre o ambiente natural é caracterizado pela soma das variáveis e a maneira de geri-las.

Nesse sentido, a gestão ambiental pode ser entendida como uma série de intervenções humanas, sobre o patrimônio ambiental, que se localiza em determinado território. Essas intervenções precisam ser bem delimitadas, uma vez que deverão obedecer a leis, critérios e métodos precisos em relação ao escopo gerencial que um gestor adota em relação ao local de intervenção.

De modo a não induzir ações falhas, tendenciosas e ambíguas, no que diz respeito à gestão ambiental, é preciso que os gestores possuam conhecimento acerca da composição do meio ambiente e da sua complexidade, ou seja, das suas particularidades intrínsecas (COIMBRA, 2014, p. 551).

Coimbra (2014) traz uma definição geral de gestão ambiental, “Gestão ambiental é um processo de administração participativo, integrado e contínuo, que procura compatibilizar as atividades humanas com a qualidade e a preservação do patrimônio ambiental, por meio da ação conjugada do poder público e da sociedade organizada em seus vários

segmentos, mediante priorização das necessidades sociais e do mundo natural, como alocação dos respectivos recursos e mecanismos de avaliação e transparência”.

Tendo em vista que o meio ambiente é uma ciência complexa, é necessário que se estruture uma equipe multidisciplinar, formada por profissionais de diferentes áreas do conhecimento, para encarar os problemas que venham a surgir, elaborando soluções realistas em busca de uma gestão ambiental eficaz.

Gestão ambiental pode ser entendida como uma série de intervenções humanas sobre o patrimônio ambiental, que se localiza em determinado território. Essas intervenções precisam ser bem delimitadas, uma vez que deverão obedecer a leis, critérios e métodos precisos, em relação ao escopo gerencial que um gestor adota em relação ao local de intervenção.

## **7 Processo de planejamento**

Após a formação da equipe que estará envolvida em solucionar os problemas e gerir toda a questão ambiental, parte-se para a fase de planejamento. Para iniciar com o planejamento das ações, deve-se, primeiramente, distinguir os tipos de recursos a serem analisados. São eles: os recursos do ambiente natural, do ambiente construído e as necessidades do ser humano e suas atividades. (PHILIPPI; ROMÉRO; BRUNA, 2014, p.6).

Para o primeiro conjunto, referente ao ambiente natural, deve-se conhecer a disponibilidade, o comportamento e as possibilidades de utilização de todos os recursos naturais (água, ar, flora, fauna, espaço). No que diz respeito ao ambiente construído, deve-se identificar a existência e as necessidades dos ambientes construídos, ou seja, das edificações

públicas e privadas, ruas, avenidas, estradas, rodoviárias, aeroportos, ferroviárias, portos, entre outros.

O terceiro grupo, relativo às necessidades do homem e suas atividades, deve identificar as necessidades dos indivíduos e suas atividades, que determinarão as exigências básicas de moradia, transporte, de trabalho e de lazer, além de infraestruturas sanitária, social, econômica e política.

É de suma importância que se conheça todos esses conjuntos de recursos, de modo a propiciar condições favoráveis, para uma gestão que vise a qualidade do meio ambiente e, conseqüentemente, almeje qualidade de vida. A qualidade do meio ambiente está diretamente relacionada à qualidade de vida dos entes participantes do ambiente em si.

Após o entendimento acerca dessas questões básicas é que se dá início à fase de planejamento propriamente dita, a qual é caracterizada pelo encaminhamento de diretrizes que visem ordenar, articular e equipar, de maneira racional, o espaço, destinando suas partes e o todo às diversas funções e atividades de vida (ser humano, fauna, flora), de modo a valorizar ambientes específicos e controlar a diversidade biológica e, conseqüentemente, o ambiente como um todo. (PHILIPPI et al., 2002).

Não iremos adentrar nas fases técnicas do processo de planejamento, pois, não é o propósito deste capítulo, mas irei listar abaixo algumas características resumidas dessas fases.

As quatro fases técnicas do processo de planejamento são as seguintes:

Ecloração

Projeto

Execução

Retroalimentação

O Sistema de Gestão Ambiental (SGA) é a unidade de metodologias que visa auxiliar a organização de empresas, a diminuir, controlar e prevenir os impactos ambientais, nos negócios firmados pelas suas atividades econômicas. A NBR ISO 14001 regulamenta os sistemas de gestão ambiental, e traz como objetivos, a proteção do meio ambiente e a mitigação dos impactos ambientais adversos, tais como: aumento do desempenho ambiental; controle e influência no modo como os produtos são projetados até o seu descarte.

Caso uma empresa decida pela adoção à NBR ISO 14001, a organização deverá estabelecer um sistema de gestão ambiental eficaz, mas não só isso. Deverá prezar pela documentação em dia, programas de manutenção e melhoria contínua do sistema.

Para implementar um SGA, a organização precisa conhecer a fundo as necessidades dos seus clientes e atender aos requisitos da legislação ambiental. Se a intenção da organização é obter melhorias de desempenho ambiental, a adoção de um bom SGA é essencial. Nesse sentido, segundo Moura (2011), cabe à organização cumprir três grandes conjuntos de atividades, são eles:

- a) Análise da situação atual da empresa: implica em constatar a real situação da empresa no tocante ao desempenho ambiental. É a fase de diagnóstico do problema, o ponto de partida para um SGA.
- b) Estabelecimento de metas: implica em estudar possibilidades físicas, recursos materiais e humanos necessários e definir “onde queremos chegar”, em termos de melhorias num prazo estipulado.
- c) Estabelecimento de métodos: Essa é fase em que se elaboram meios de se alcançar o proposto na etapa das metas ('b'). É o modo de trabalho que será adotado para atingir os objetivos traçados.

O SGA tem que prever um treinamento de modo a conscientizar as pessoas envolvidas em cada etapa do ciclo de vida do produto para assegurar o maior grau de sustentabilidade ao produto em si e a seu processo de elaboração, forma de consumo e descarte. Esse cuidado é necessário, porque, se há irregularidade na produção ou no manejo e coleta da matéria-prima, como a utilização de produtos químicos inadequados ou em quantidade indevida, todo o processo restante estará comprometido (PHILIPPI et al., 2014).

O sistema de gestão ambiental, tem suas bases no “ciclo Plan-Do-Check-Act” (PDCA), este tem o intuito de fomentar um processo interativo das organizações, levando-as a um nível maior de inovação, interesse e desenvolvimento sustentável. Na fase de “Plan”, como o próprio nome indica, será feito o planejamento das melhorias identificadas nos processos organizacionais. Na fase “Do”, as mudanças que foram planejadas serão implementadas. Na fase “Check”, são coletados os dados sobre a implementação (fase “Do”) e comparados com o que fora previsto. Na fase “Act”, são avaliados os resultados globais do processo. Caso os resultados não sejam satisfatórios, o ciclo PDCA deverá ser reiniciado.

As transformações ambientais causadas pela sociedade são quase tão antigas quanto a própria existência do homem. No entanto, foi a partir das décadas finais do século passado que os impactos ambientais se tornaram mais intensos devido ao elevado crescimento demográfico e ao alto grau da aceleração tecnológica. A partir da década de 1970 surgiu uma maior preocupação por parte de governantes, organizações não governamentais e sociedade civil em se discutir e implementar políticas voltadas para planejamento e gestão ambiental em todo o mundo (NOVAIS, 2012, p.1).

### **8.1 O que é a ISO 14000?**



A série de normas ISO 14000 – Gestão Ambiental, foram inicialmente elaboradas visando o “manejo ambiental”, que significa “o que a organização faz para minimizar os efeitos nocivos ao ambiente causados pelas suas atividades” (ISO, 2000).

Assim sendo, essas normas fomentam a prevenção de processos de contaminações ambientais, uma vez que orientam a organização quanto a sua estrutura, forma de operação e de levantamento, armazenamento, recuperação e disponibilização de dados e resultados (sempre atentando às necessidades futuras e imediatas de mercado e, conseqüentemente, a satisfação do cliente), entre outras orientações, inserindo a organização no contexto ambiental.

## **8.2 Aspectos Ambientais**

Como o processo de certificação pela NBR 14001 se dá pela ISO, o acesso ao selo, que é reconhecido internacionalmente, não exige da empresa tecnologias caras ou que já tenham tido melhor desempenho nas questões ambientais.

A série ISO 14000 auxilia a organização no que é necessário para desenvolver um novo sistema de gestão ambiental ou melhorar o já existente. A melhoria contínua é o processo de aperfeiçoar o sistema de gestão ambiental para alcançar melhorias no desempenho ambiental total em alinhamento com as políticas da organização (Rupentthal, 2014).

A procura por melhoria em processos que possam minimizar os impactos pelo ambiente, a avaliação de impactos é uma metodologia para empresas que querem alcançar o ISO 14001, o objetivo desse item da norma é fazer com que a empresa identifique todos os impactos ambientais significativos, reais e potenciais, relacionados com suas atividades,

produtos e serviços, para que possa controlar os aspectos sob sua responsabilidade (Meystre, 2003).

Aspecto ambiental é definido, pela NBR ISO 14001, como elemento das atividades, produtos e serviços de uma organização, que possam interagir com o meio ambiente.

O aspecto pode estar relacionado a uma máquina ou equipamento, assim como, a uma atividade executada por ela ou por alguém que produza ou apresente a possibilidade de produzir algum efeito sobre o meio ambiente. A NBR ISO 14001, prioriza o levantamento dos aspectos ambientais significativos, já que os aspectos envolvidos em um processo são muitos. Aspecto ambiental significativo é aquele que tem um impacto ambiental significativo (ABNT NBR ISO 14001:2004).

Dessa forma, impacto ambiental é qualquer mudança no meio ambiente, tanto positiva quanto negativa, total ou parcial, resultado das atividades, produto ou serviços da organização (ABNT NBR ISO 14001:2004).

### **8.3 Aspectos ambientais x Impactos ambientais**

Os aspectos ambientais podem ser entendidos como todos os elementos das atividades, produtos ou serviços. EX: uso de matérias primas naturais, consumo de água e energia, etc. Os impactos ambientais dizem respeito às quaisquer modificações no meio ambiente, que resultem dos aspectos ambientais. Essas modificações podem ser adversas ou benéficas. Ex: eventos indesejáveis, agressões ao meio ambiente.

### **8.4 Auditoria ambiental**

A auditoria ambiental é um instrumento para a verificação de empresas e uma avaliação do sistema de gestão. Ela auxilia a verificação sobre o desempenho dos equipamentos utilizados e instalados, na busca de avaliar

o impacto ambiental sobre o meio ambiente, a partir de suas atividades. As auditorias são compostas por equipes multidisciplinares, e devem ser um instrumento independente, sistemático, documentado, periódico e objetivo. As normas que compõem os critérios de avaliação e fiscalização, bem como os auditores para tais funções, estão estabelecidos nas leis, são elas: NBR ISO 19011:2012 que trata das diretrizes para auditoria de sistemas de gestão, e a NBR ISO 19015:2003 que trata da Avaliação Ambiental de Locais e Organizações – AALO.

### **8.5 Avaliação de desempenho ambiental (ADA)**

O desempenho ambiental pode ser entendido como resultados mensuráveis da gestão de uma organização sobre seus aspectos ambientais. A Avaliação de desempenho ambiental (ADA) é um instrumento de gestão interna, que busca promover informações confiáveis para determinar se o desempenho ambiental de uma organização está adequado, aos parâmetros colocados pela administração da organização.

O ADA fornece informações precisas a uma organização, podendo auxiliá-las no processo de uma gestão ambiental. Entre as informações, o ADA pode identificar os aspectos ambientais significativos, verificar e apontar caminhos e oportunidades para uma melhor gestão e, contudo, elevar o nível de gestão ambiental de uma organização. O

ADA possui três níveis de atuação e organização: Planejar, Executar, Verificar e Atuar.

### **8.6 Rotulagem Ambiental**

A rotulagem ambiental, ou ecolabeling, é uma metodologia voluntária de certificação e rotulagem de desempenho ambiental de produtos ou serviços, que vem sendo praticada ao redor do mundo. É um importante mecanismo de implementação de políticas ambientais dirigido aos

consumidores, auxiliando-os na escolha de produtos menos agressivos ao meio ambiente (ABNT). Algumas organizações utilizam nomes que trazem uma característica ambiental como: eco-rótulo, eco-selo, rótulo ecológico, selo verde.

Ao implementar um programa de rotulagem ambiental, a empresa considera que um segmento do mercado de consumo apoiará os custos mais altos de produção requeridos para atingir os padrões ambientais. Contudo, com o aumento da oferta de produtos com melhores padrões ambientais, os custos e, conseqüentemente, os preços finais, tendem a cair. No curto prazo, a rotulagem ambiental pode contribuir para a redução das vendas de produtos poluentes em favor daqueles considerados menos prejudiciais ao ambiente. No longo prazo, a rotulagem pode estimular os produtores em direção a inovações tecnológicas consideradas mais limpas (Bleda e Valente, 2009). Os tipos de rotulagem pelas normas são:

**a) Rotulagem ambiental tipo I**

Definida pela NBR ISO 14024, que trata dos procedimentos para o desenvolvimento de programas de rotulagem ambiental, como avaliar e demonstrar sua conformidade, além dos procedimentos de certificação para a concessão do rótulo.

**b) Rotulagem ambiental tipo II**

Definida pela NBR ISO 14021 que trata dos requisitos para autodeclarações ambientais, incluindo textos, símbolos e gráficos, no que se refere aos produtos.

### **c) Rotulagem ambiental tipo III**

É definida pela ISO 14025, encontra-se em fase de formatação pela ABNT. Ela trata de rótulos voluntários, verificados por terceiros e que consideram a ACV completa do produto. São considerados os mais sofisticados e complexos quanto à sua implantação, pois, exigem extensos bancos de dados ou inventários para avaliar o produto em todas as suas etapas, fornecendo a dimensão exata dos impactos que provoca. A rotulagem ambiental é uma ferramenta de gestão ambiental que pode ser utilizada para a elaboração de políticas públicas ambientais como as compras públicas sustentáveis.

Conforme frisado por Moura (2011), com base em resultados de pesquisas de opinião, o consumidor está dando mais valor à existência de um meio ambiente mais sadio. A degradação ambiental tomou gigantescas proporções nos últimos anos e isso mexeu com a cabeça de milhares de pessoas, que são ou já foram, em sua grande maioria, afetadas pela poluição.

A sociedade, então, está mudando. O consumidor é mais bem informado, conhece os seus direitos, valoriza o seu dinheiro. Sabe que é ele quem decide os destinos das empresas, neste mercado tão competitivo. Procura qualidade para o produto, preço adequado e, hoje em dia, passa a pensar em como aquele produto se relaciona com o meio ambiente. Procura entender quais são os impactos ambientais causados, ou seja, que modificações aquele produto introduz no meio ambiente. Avalia e considera que a empresa, somente cumprindo a legislação ambiental, pode estar fazendo pouco, ou seja, o mínimo esperado. De imediato, provavelmente ele irá pensar nos impactos causados pelo uso do produto e pelo seu descarte após o uso (MOURA, 2011).

As empresas conhecem essa nova postura que vem sendo adotada pelas pessoas e, como forma de atraí-las, lança mão de informativos realçados nos rótulos acerca das vantagens ambientais do produto.

### **8.7 Análise do Ciclo da Vida (ACV)**

A ACV é uma ferramenta de apoio à tomada de decisões que gera informações; avalia impactos e compara desempenhos ambientais de produtos. Ciclo de vida é o conjunto de todas as etapas necessárias para que um produto cumpra sua função na cadeia de produtividade.

As normas sobre análise de ciclo de vida tratam dos objetivos e escopo, análises do inventário, avaliação do impacto, interpretação dos dados, gerando, desenvolvimento de produtos sustentáveis, criação de políticas públicas e marketing. São elas:

- ABNT NBR ISO 14040:2009 Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Princípios e estrutura.
- ABNT NBR ISO 14044:2009 Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Requisitos e orientações.

## **9 Responsabilidade socioambiental**

O movimento da responsabilidade socioambiental é um movimento mundial. Trata-se de um processo contínuo e progressivo do desenvolvimento de competências cidadãs, com a assunção de responsabilidades sobre questões sociais e ambientais relacionadas a todos os públicos em interação na sociedade: trabalhadores, consumidores, governo, empresas, investidores e acionistas, organizações da sociedade civil, mercado e concorrentes, comunidade e o próprio meio ambiente, conforme a Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P (BRASIL, 2009).

Países como a Europa e Estados Unidos investem grandemente na pegada socioambiental. No Brasil, a partir da década de 90, este

movimento de valorização empresarial/ambiental começa a ganhar força, movida por atividades e movimentos ambientais, ONG's (organizações não governamentais) que sentiam a necessidade de um olhar integrador entre meio ambiente e sociedade. Algumas normas e certificações foram criadas para pleitear empresas e organizações, que responderam a este chamado de responsabilidade ambiental e social, este compete também a avaliações internas, sendo contempladas todas as partes de uma organização, desde relações trabalhistas, até relações com as comunidades.

No processo produtivo, são analisadas as relações trabalhistas, o respeito aos direitos humanos, a contratação de mão de obra, inclusive fornecedores, a gestão ambiental e a natureza do produto/serviço. Nas relações com a comunidade, são analisados natureza e foco das ações desenvolvidas, problemas sociais solucionados e os

beneficiários e parceiros. Nas relações com os empregados, são analisados os benefícios concedidos, inclusive aos familiares, o clima organizacional, a qualidade de vida no trabalho e as ações para aumento da empregabilidade.

A NBR ISO 26000 dispõe sobre a responsabilidade social, esta é uma norma de uso voluntário, e não oferece certificação ou titulação. Os princípios desta norma são a responsabilização, transparência, comportamento ético, respeito pelos interesses das partes, pelo estado de direito, pelas normas internacionais de comportamento e direito aos seres humanos. Estes são os sete temas de responsabilidade social que uma empresa deve ter, segundo a NBR 26000.

## Referências

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. Rótulo ecológico. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/certificacao/tipos/rotulo-ecologico/21-certificacao/tipos/55-rotulo-ecologico>>. Acesso em 19 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. NBR ISO 14001. Sistemas da gestão ambiental – Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro, 2004a.

\_\_\_\_\_. NBR 10004. Resíduos Sólidos – Classificação. Rio de Janeiro, 2004b.

\_\_\_\_\_. NBR 8419:1992 Versão Corrigida: 1996. Rio de Janeiro. 1996.

AMBIENTE. M. A Camada de Ozônio. Ministério do Meio Ambiente. [mma.gov.br](http://mma.gov.br). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/protacao-da-camada-de-ozonio/a-camada-de-ozonio.html>> Acesso em: 16 fev 2021.

ANDRADE, L. [siteware.com.br](http://www.siteware.com.br). Ciclo PDCA: Como Ele Pode Melhorar Seus Processos? Disponível em: <<https://www.siteware.com.br/metodologias/ciclo-pdca/>> Acesso em 15 fev. 2021.

ALVES, J. [ecodebate.com.br](http://ecodebate.com.br). Do Antropocentrismo ao Mundo Ecocêntrico. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2012/06/13/do-antropocentrismo-ao-mundo-ecocentrico-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>> Acesso em: 15 fev. 2021.

AMBIENTAL, H. [horizonteambiental.com.br](http://horizonteambiental.com.br). Logística Reversa e o Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.horizonteambiental.com.br/logistica-reversa-e-o-meio-ambiente/> Acesso em: 15 fev. 2021.

ALIGLERI, L.; ALIGLERI, L. A.; KRUGLIANSKAS, I. Gestão socioambiental: responsabilidade e sustentabilidade do negócio. São Paulo: Atlas, 2009.

AMATO NETO, J. (Org.). Sustentabilidade e produção: teoria e prática para uma gestão sustentável. São Paulo: Atlas, 2011.



- BARBIERI, J. C. Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRENNY, G. Glauciabrenny.blogspot.com Estrutura do Sisnama. Disponível em: <<http://glauciabrenny.blogspot.com/2010/11/estrutura-do-sisnama.html>> Acesso em: 16 fev. 2021.
- CAMPOS, L. M. S.; LERÍPIO, A. Á. Auditoria ambiental: uma ferramenta de gestão. São Paulo: Atlas, 2009.
- COIMBRA, D. Visão Holística em Marketing. 2009. Disponível em: <<http://exportacoes-pmes.blogspot.com/2009/12/visao-holistica-em-marketing.html>> Acesso em: 15 fev. 2021.
- COELHO, Pedro.engquimicasantosp. Chuva Ácida: Causas, Consequências e Medidas de Prevenção. Disponível em: <https://www.engquimicasantosp.com.br/2013/11/chuva-acida.html> Acesso em: 16 fev. 2021.
- CLENES, J. ambientegaia.com. Aterro Sanitário. Disponível em: <<http://www.ambientegaia.com.br/aterrosanitario.php>> Acesso em: 15 fev. 2021.
- CMMAD. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>> Acesso em: 15 fev. 2021.
- CNI. Indústria sustentável no Brasil. Agenda 21: cenários e perspectivas. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo\\_24/2012/09/05/243/20121126162501925570a.pdf](http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2012/09/05/243/20121126162501925570a.pdf)>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- DEMAJOROVIC, J.; VILELA JUNIOR, A. Modelos e ferramentas de gestão ambiental: desafios e perspectivas para as organizações. São Paulo: SENAC - SP, 2013. Elaboração de Plano de Contingencia. <http://www.br.undp.org/content/dam/>

- brazil/docs/publicacoes/paz/plano-cont-livro\_base.pdf. 2017. Acesso em: 24 jan. 2021.
- FERREIRA, A. portalresiduossolidos.com Aterro Sanitário.2018. Disponível em: <<https://portalresiduossolidos.com/aterro-sanitario/>> Acesso em 10 fev. 2021.
- FIGUEIREDO, C. sites.google.com/site/ngaunirio. Normas ISO e ABNT. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/ngaunirio/cap-5-normas-iso-e-abnt>> Acesso em: 15 fev. 2021.
- FONSECA, K. patrulhaambientalitinerante.blogspot.com. Eutrofização e Suas Consequências para o Meio Ambiente.2016. Disponível em: <<https://patrulhaambientalitinerante.blogspot.com/2016/06/eutrofizacao-e-suas-consequencias-para.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021.
- HAMMAR, M. advisera.com. PDCA na norma ISO 14001. Disponível em: <<https://advisera.com/14001academy/pt-br/knowledgebase/pdca-na-norma-iso-14001/>> Acesso em: 12 fev. 2021.
- LEAL, A. infoescola.com. Pirólise. 2010. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/reacoes-quimicas/pirolise/>> Acesso em 16 fev. 2021.
- LEAL, J. riscozerotreinamentos. Acidentes Ambientais: Conceitos Básicos. 2009. Disponível em: <<http://riscozerotreinamentos.blogspot.com/2009/11/acidentes-ambientais-conceitos-basicos.html>> Acesso em: 15 fev. 2021.
- LIMA, L. profluizeduardo.com.br O meio ambiente é o bem maior da humanidade. Disponível em: <<https://www.profluizeduardo.com.br/o-meio-ambiente-e-o-bem-maior-da-humanidade/>> Acesso em: 10 fev. 2021.
- MACHADO, G.portaldobiogas.com. Princípio de funcionamento de um biodigestor anaeróbio. 2017. Disponível em: <<https://www.portaldobiogas.com/principio-de-funcionamento-de-um-biodigestor-anaerobio/>> Acesso em: 10 fev. 2021.
- MOURA, Luiz. Qualidade e gestão ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 432 p.

KAWA, L. professoralucianekawa.blogspot.com. Resíduos Sólidos e Lixo Hospitalar: Uma Discussão Ética. 2016. Disponível em: <<http://professoralucianekawa.blogspot.com/2016/05/residuos-solidos-e-lixo-hospitalar-uma.html>> Acesso em: 10 fev. 2021.

PHILIPPI, Jr., ROMÉRO, M., BRUNA, G. Curso de Gestão Ambiental 2ed. Atual. eampl. Barueri-SP: Manole, 2014 (Coleção ambiental, v.13).

POSSAS, M. fontehidrica.blogspot.com Distribuição da Água na Terra. 2011 Disponível em: <<http://fontehidrica.blogspot.com/2011/11/distribuicao-da-agua-na-terra.html>>. Acesso em: 15 fev.2021.

RUPPENTHAL, Janis. Gestão Ambiental. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, Colégio Técnico Industrial de Santa Maria, Rede e-TEC, Brasil 2014. 128 p.

SENADO, Em Discussão. senado.leg.br. Logística Reversa Envolve Indústria, Comerciante e Consumidor. Resíduos Sólidos. Nº 22. setembro de 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/residuos-solidos/realidade-brasileira-na-pratica-a-historia-e-outra/logistica-reversa-envolve-industria-comerciante-e-consumidor> Acesso em 16 fev. 2021.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental.6. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

UFES - Universidade Federal do Espírito Santo. Equipamentos de Controle de Poluição do Ar. Disponível em: < [http://www.inf.ufes.br/~neyval/Rec\\_At\(moduloVI\).pdf](http://www.inf.ufes.br/~neyval/Rec_At(moduloVI).pdf)>. Acesso em: 08 de set. 2020.

UNESP. Instrumentos de Gerenciamento Ambiental: Avaliação de Impacto Ambiental. p02/12 disponível em:[http://www.rc.unesp.br/igce/aplicada/ead/estudos\\_ambientais/ea2ob.html](http://www.rc.unesp.br/igce/aplicada/ead/estudos_ambientais/ea2ob.html) Acesso em: 16 fev. 2021.

USP. Controle da Poluição Atmosférica: Metodologia de Controle da Poluição Atmosférica. 2007 Disponível em: <[http://www.fap.if.usp.br/~hbarbosa/uploads/Teaching/FisPoluicaoAr2016/Lisboa\\_Cap7\\_controle\\_poluicao\\_atmosferica\\_2007.pdf](http://www.fap.if.usp.br/~hbarbosa/uploads/Teaching/FisPoluicaoAr2016/Lisboa_Cap7_controle_poluicao_atmosferica_2007.pdf)> Acesso em: 15 fev. 2021.

Zambolim CM, Oliveira TP, Hoffmann AN, Vilela CEB, Neves D, Anjos FR, et al. Perfil das intoxicações exógenas em um hospital universitário. Ver. Médica Minas Gerais. 2008;18(1):5-10.

## **Contratos administrativos, consórcios e convênios**

### **1 Introdução**

Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos denominados contratos da Administração, uma vez que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual. Nota-se que a expressão tem sentido amplo e visa a alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração. É, portanto, um gênero. A primeira das espécies dos contratos é a dos contratos privados da Administração, regulados pelo Direito Civil ou Empresarial. É evidente que a Administração Pública, quando firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial, uma vez que, nestas situações, a Administração age com uma situação jurídica bastante parecida com a de um particular. São contratos de direito privado da Administração, por exemplo, a compra e venda, a doação, a permuta e outros do gênero.

A outra espécie do gênero contratos da Administração são os contratos administrativos, que possuem normas reguladoras diversas das que disciplinam os contratos privados firmados pelo Estado. Assim, é certo que todo contrato administrativo se enquadra como contrato da Administração, mas nem todo contrato dessa espécie se caracteriza como contrato administrativo.

Os contratos administrativos são os contratos típicos da Administração, razão pela qual sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando, supletivamente, as normas de direito

privado, como está expresso na lei. Em última análise, é o regime jurídico que marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

Nesse ponto, é conveniente observar que, nem o aspecto subjetivo, nem o objetivo, servem como elemento diferencial. Assim, o fato de ser o Estado, sujeito na relação contratual, não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo. O mesmo diga-se quanto ao objeto. Isso se dá, pois, em ambos os casos, haverá um objetivo que traduza interesse público. Diversos são os conceitos de contrato administrativo formulados pela doutrina, cada qual destacando determinado elemento. José dos Santos Carvalho Filho conceitua o contrato administrativo da seguinte maneira:

Como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público (CARVALHO FILHO, 2015, p. 177).

Veja como Hely Lopes Meirelles explica o contrato:

A instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais. Todavia, os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração (LOPES MEIRELLES, 2015, p. 239).

E o conceitua:

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. (LOPES MEIRELLES, 2015, p. 239).

## **2 Disciplina normativa**

A Constituição Federal estabelece no art. 22, XXVII, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos para a Administração Pública Direta e Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No exercício dessa competência legislativa, a União editou a Lei 8.666/1993, instituindo normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, chamada por alguns de Estatuto das Licitações e Contratos. Ao lado dessa lei, a União instituiu outros diplomas normativos, aplicáveis também a todos os entes da federação, relativos a algumas espécies de contratos administrativos, tal como ocorre com os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, disciplinados pela Lei 8.987/1995, e com os contratos de parcerias público-privadas, previstos na Lei 11.079/2004.

A propósito, a Lei 8.666/1993 aplica-se tanto aos contratos administrativos quanto aos contratos de direito privado. Neste último caso, a aplicação dá-se naquilo que for compatível com a natureza privada dessa espécie contratual. Nesse sentido, o art.62, § 3º, I, do Estatuto das Licitações e Contratos estatui que as normas gerais constantes deste diploma legal se aplicam também, no que couber, aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e a os demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado.

Assim, a competência privativa da União para edição de norma geral em matéria de licitações e contratos não retira dos demais entes da federação (Estados, Distrito Federal e Municípios) a possibilidade de editar normas específicas sobre contratação no âmbito de suas esferas de atuação, as quais não poderão contrariar os comandos previstos na norma geral.

### **3 Regime jurídico**

O regime jurídico dos contratos administrativos é composto por prerrogativas e sujeições. As prerrogativas conferem certos poderes à Administração, que a coloca em posição de vantagem, diante do particular. Já as sujeições constituem-se em limitações impostas à Administração, necessárias para assegurar a finalidade pública e evitar o desrespeito aos direitos dos particulares. Com relação às sujeições, dizem respeito à observância das exigências previstas na lei quanto à forma, procedimento, competência e finalidade.

### **4 Prerrogativas**

Existem diferenças significativas entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado firmados pela Administração, uma vez que os primeiros, obrigatoriamente, conterão as chamadas cláusulas exorbitantes (de privilégio, de prerrogativa), que colocam a Administração em situação de supremacia na relação contratual. As chamadas cláusulas exorbitantes estarão sempre presentes nos contratos administrativos, ainda que não estejam expressas no instrumento contratual, ou seja, são implícitas à relação contratual.



#### 4.1 Características

A relação jurídica do contrato administrativo exhibe algumas peculiaridades próprias de sua natureza. Assim, esse tipo de contrato tem as seguintes características:

1. Formalismo: não basta o consenso das partes, mas ainda é necessário que se observem certos requisitos externos e internos.
2. Comutatividade: pois existe equivalência entre as obrigações, previamente ajustadas.
3. Confiança recíproca (*intuitu personae*): o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração.
4. Bilateralidade: o contrato administrativo deve traduzir obrigações para ambas as partes.
5. Cláusulas exorbitantes: são aquelas que colocam a Administração em posição de supremacia em relação ao contratado.
6. Mutabilidade – a característica de mutabilidade do contrato administrativo pode decorrer, tanto de cláusulas exorbitantes que conferem à Administração o poder de alterar ou rescindir, unilateralmente, o contrato, quanto de outras circunstâncias que possibilitam a aplicação das teorias da imprevisão e do fato do príncipe, que serão vistas adiante.

#### 5 Posição preponderante da administração

Os contratos privados, em geral, traduzem um conjunto de direitos e obrigações, em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico. Não é o que ocorre com os contratos administrativos, visto que estes visam alcançar um fim útil à coletividade e, além disso, deles participa a própria Administração. Assim, em havendo um conflito de interesses entre o particular contratado e o Estado contratante, prevalecerá os interesses pertencentes ao Estado.

Há portanto, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração posição de supremacia em relação ao contratado, como consequência do regime jurídico de direito público, que regula os contratos administrativos, mesmo quando a contratação é efetivada por pessoa administrativa de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista. É o que se verifica a partir do artigo 54 da Lei 8666/93:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

## **6 Cláusulas exorbitantes**

As cláusulas exorbitantes são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo, em virtude de sua posição de supremacia, em relação à parte contratada.

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e constam expressamente da Lei 8666/93, em seu artigo 58, sob a nomenclatura de “prerrogativas”.

Portanto, o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- a) alteração unilateral do contrato;
- b) rescisão unilateral;
- c) fiscalização da execução do contrato;
- d) aplicação de sanções; e
- e) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa a prestação de serviços essenciais.

### **a) Alteração Unilateral**

O regime jurídico dos contratos administrativos atribui à Administração a prerrogativa de, no curso da execução do contrato, alterá-lo unilateralmente, dentro dos limites previstos na lei, com o objetivo de melhor atender ao interesse público.

De acordo com o Estatuto, a alteração unilateral do contrato administrativo pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

- a) Quando há modificação do projeto ou das especificações, com vistas a melhor adequação técnica aos fins do contrato (alteração qualitativa); e
- b) quando é preciso modificar o valor em virtude do aumento ou diminuição quantitativa do objeto contratual (alteração quantitativa).

Adverta-se que a alteração primária atinge apenas as cláusulas de execução da obra ou serviço, ou dos quantitativos do objeto, no caso de compras. Entretanto, a modificação do preço sempre se configura como alteração derivada, vale dizer que, não ocorre diretamente, mas sim como efeito da consumação de alguma daquelas situações.

Por isso, o Estatuto consigna que, as cláusulas econômico-financeiras e monetárias, sem as alterações primárias, não podem ser alteradas sem a prévia concordância do contratado (art. 58, § 1º). Processada a alteração, contudo, caberá a revisão dessas cláusulas para que se preserve o equilíbrio do contrato (art. 58, § 2º). Se a alteração imposta aumentar os encargos do particular contratado, tem este direito a receber as diferenças respectivas (art. 65, § 6º); o mesmo ocorrendo se forem criados tributos ou encargos legais, após a celebração do ajuste, que tenham repercussão no preço.

Portanto, são formas de propiciar o restabelecimento do equilíbrio contratual, rompido por força da alteração. Ainda, é possível que a Administração obrigue o contratado a aceitar, nas mesmas condições,

acréscimos ou supressões em obras, serviços ou compras até 25% do valor originário do contrato, ou até 50% no caso de reforma de edifício ou equipamento (art. 65, § 1º, Estatuto).

Caso o contratado decida não se submeter às alterações, é considerado descumpridor do contrato, dando margem a sua rescisão. No que diz respeito aos limites de alteração fixados no art.65, § 1º, do Estatuto, divergem os autores sobre se o dispositivo seria aplicado apenas às alterações quantitativas (art. 65, I, “b”) ou se seria estendido também às alterações qualitativas (art. 65, I, “a”). Para uns, os limites não se aplicariam a estas últimas por serem com elas incompatíveis pela própria natureza. Para outros, impõe-se a observância dos limites em virtude de não ter distinção na lei.

#### **b) Rescisão Unilateral**

A rescisão contratual é a extinção do vínculo contratual durante sua execução por inadimplência das partes, por razões de caso fortuito ou força maior que impeçam ou tornem inconveniente o prosseguimento do ajuste, ou pela ocorrência de fatos que acarretem seu rompimento de pleno direito.

Uma das peculiaridades do contrato administrativo é a possibilidade de a Administração rescindi-lo, unilateralmente, ainda que não haja inadimplemento por parte da contratada, sendo suficiente que a Administração alegue a existência de interesse público. A rescisão unilateral dos contratos é cláusula não comum nos contratos de direito privado, mas pode existir, desde que seja livremente pactuada e não haja ofensa à disposição expressa de lei. Já, nos contratos administrativos, a prerrogativa de a Administração rescindir, unilateralmente, o vínculo contratual sempre estará presente como cláusula exorbitante, ainda que não prevista expressamente no contrato. Essa prerrogativa da Administração tem

previsão expressa no art. 58, II, da Lei 8.666/1993. As hipóteses em que seu uso é autorizado encontram-se elencadas no art. 79, I, combinado com o art. 78, I a XII, XVII e XVIII, do mesmo diploma legal, que veremos adiante.

### **c) Fiscalização**

O regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, nos termos do art.58, III, da Lei 8.666/1993. Para operacionalizar o acompanhamento e a fiscalização do contrato, a Administração deverá designar um representante, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

O desatendimento pelo contratado das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução contratual, assim como a de seus superiores, constitui motivo para rescisão do contrato pela Administração (art. 78, VII).

### **d)Aplicação de sanções**

Nos contratos administrativos, a Administração pode aplicar diretamente ao contratado sanções de natureza administrativa, sem que haja qualquer manifestação do Poder Judiciário. Todavia, tendo em vista que o contratado estará, na prática, sendo acusado de inadimplemento do contrato, a ele deve ser assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º LV).

A Lei 8.666/1993 prevê a aplicação direta das seguintes sanções administrativas em caso de inadimplemento contratual (art. 87):

- advertência;
- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos;
- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Dentre estas penalidades, a multa é a única que pode ser aplicada de maneira isolada ou cumulada com qualquer das demais. A suspensão temporária e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração possuem basicamente o mesmo efeito. No entanto, enquanto a suspensão temporária só pode ser imposta pelo prazo máximo de dois anos, a declaração de inidoneidade tem incidência por prazo indeterminado, perdurando até que o contratado promova a sua reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. A reabilitação é um direito do contratado, e será concedida depois de dois anos da declaração de inidoneidade, sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos causados.

#### **e) Ocupação temporária**

Quando o contrato administrativo tiver por objeto a prestação de serviço essencial, nos termos do art. 58, V, da Lei 8.666/1993, a Administração tem a seguinte prerrogativa:

- V - Nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Pode-se, assim, distinguir duas situações que possibilitam o uso da prerrogativa da ocupação temporária de bens do contratado por parte da Administração: a primeira é como medida acautelatória para apuração de faltas contratuais; a segunda hipótese é decorrente de uma rescisão contratual, na qual, com o objetivo de garantir a continuidade da prestação do

serviço essencial, o Poder Público é obrigado a efetivar a imediata ocupação provisória de todos os recursos materiais e humanos do contratado.

## **7 Cláusula essencial: exigência de garantia**

Para assegurar o cumprimento do contrato, e desde que tenha havido previsão no edital, a Administração pode exigir da parte contratada determinada garantia, que não poderá exceder a 5% do valor do contrato, como regra geral. Excepcionalmente, quando o objeto contratual for de grande complexidade técnica e riscos significativos, a garantia poderá alcançar o percentual de 10% do valor contratual. Tão logo executado o contrato, porém, a garantia deve ser restituída ao contratado (art. 56, § 4º, do Estatuto).

A Lei 8666/93, em seu artigo 56, I, II e III, prevê as seguintes garantias:

- a) Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública: é modalidade de garantia que se formaliza por uma reserva em dinheiro ou em títulos da dívida pública.
- b) Fiança bancária: é garantia que acarreta a responsabilidade comercial e onerosa de algum banco, do qual seja cliente o contratado.
- c) Seguro-garantia: é ajustado entre o contratado e empresa seguradora, que se compromete a cobrir os custos de eventual prejuízo à Administração.

Observe que a exigência de garantia contratual é uma faculdade da Administração, que pode ser exigida dos licitantes ou dos contratados. Quando exigida dos licitantes não poderá ultrapassar um por cento do valor estimado do contrato, e será prestada nas mesmas modalidades e critérios previstos para a garantia a ser exigida na celebração do contrato administrativo (art. 31, III). É importante destacar que, nos casos de contratos que impor tem na entrega de bens pela Administração, dos quais o

contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens (art. 56, § 5º).

A retenção da garantia e dos créditos do contratado para compensar prejuízos causados à Administração pelo contratado é medida auto executória, pois, é aplicada diretamente pela Administração, independentemente de manifestação do Poder Judiciário. Todavia, se os prejuízos ultrapassarem o valor da garantia e dos créditos devidos ao contratado, e este se recusar a indenizar a Administração, haverá a possibilidade de ingressar com ação judicial para satisfação de seu crédito. Os licitantes ou contratados possuem direito de escolher a modalidade em que prestarão a garantia.

## **8 Equilíbrio econômico-financeiro**

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

É a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 201).

Assim, quando as partes pactuam, pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O principal efeito deste postulado é o de propiciar a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que, de alguma forma, ele for rompido ou, se impossível o seu restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato. Normalmente, alguns acontecimentos posteriores à celebração do contrato, podem ocasionar o



desequilíbrio, tais como a teoria da imprevisão, o fato do príncipe e o caso fortuito e a força maior. Vejamos:

**a) De acordo com os artigos 478 a 480 do Código Civil, a teoria da imprevisão justifica a resolução ou a revisão de um contrato, caso ocorra um acontecimento superveniente e imprevisível, que desequilibre sua base econômica, impondo a uma das partes obrigação excessivamente onerosa. Veja que esta teoria mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos.**

São elementos da teoria da imprevisão:

- a) Superveniência de um acontecimento imprevisível;
- b) Alteração da base econômica objetiva do contrato;
- c) Onerosidade excessiva.

Seguem artigos 478 a 480 do CC:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

José dos Santos Carvalho Filho explica que:

Ocorre a teoria da imprevisão quando, no curso do contrato, sobrevêm eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertem a equação econômico-financeira do pacto. O fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da *cláusula rebus sic stantibus*, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual

foi o pacto ajustado. Mudadas profundamente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 215).

Como efeito da teoria da imprevisão, se a parte prejudicada não puder cumprir as obrigações contratuais, dar-se-á a rescisão sem atribuição de culpa. Se o cumprimento for possível, mas acarretar ônus à parte e, terá esta direito a revisão do preço, para restaurar o equilíbrio rompido.

**b) O equilíbrio do contrato administrativo pode, ainda, ser quebrado por força de ato ou medida instituída pelo próprio Estado. Por isso foi construída a teoria do fato do príncipe.**

Aplica-se esta teoria quando o Estado contratante, mediante ato lícito, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado. Conforme explica José dos Santos Carvalho Filho:

Esse fato oriundo da Administração Pública não se preordena diretamente ao particular contratado. Ao contrário, tem cunho de generalidade, embora reflexivamente incida sobre o contrato, ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste (CARVALHO FILHO, 2015, p. 216).

Portanto, atenção: o ato praticado pelo Estado não tem a finalidade de atingir contrato específico, contudo, este é alcançado, ainda que de forma reflexa, ocasionando prejuízo a uma das partes contratantes. O fato do príncipe caracteriza-se por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário, provocando alteração na equação econômico-financeira do contrato.

Como efeito aplicação da teoria do fato do príncipe, se o ato estatal dificultar e onerar o particular para o cumprimento de suas obrigações e, terá o particular o direito à revisão do preço para ensejar a restauração do

equilíbrio contratual. Se o fato impedir definitivamente o particular de adimplir as obrigações, fará jus à indenização integral.

Observe que, nesta segunda hipótese, a solução adotada difere da que se aplica na teoria da imprevisão, como vimos acima.

**c) Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais.**

O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo da greve.

O Código Civil, todavia, não faz distinção e, consigna no artigo 393 caput e parágrafo único que:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

A distinção entre o caso fortuito e a força maior tem suscitado divergências na doutrina. De qualquer forma, importa saber que, independentemente do sentido que lhes é dado, ambos caracterizam-se como fatos imprevisíveis. É isso que os define, a imprevisibilidade. Ocorrendo tais situações, rompe-se o equilíbrio contratual, porque uma das partes passa a sofrer um encargo, sem que tenha dado causa para tanto. Não será possível exigir-se dela o cumprimento da obrigação.

Quanto ao efeito, nos termos do artigo 393, acima citado, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, mas responderá, entretanto, quando expressamente se houver

responsabilizado pelos prejuízos, ou ainda nos casos em que estiver em mora, conforme art. 399 do Código Civil:

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

### **9 Exceção de contrato não cumprido**

Nos contratos de direito privado, se uma das partes descumprir o contrato, a outra também poderá deixar de cumpri-lo enquanto o contratante inadimplente não regularizar a situação. A suspensão da execução do contrato pela parte prejudicada, em decorrência do inadimplemento do outro contratante, recebe o nome de oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpletium contractus*).

Contudo, nos contratos administrativos, em atenção ao princípio da continuidade do serviço público, não poderá o contratado, diante do inadimplemento por parte da Administração, paralisar imediatamente o cumprimento das suas obrigações contratuais. Não obstante, seria desproporcional exigir que o contratado continuasse, indefinidamente, executando sua parcela na avença sem obter a devida contrapartida do Poder Público. Assim, a fim de compatibilizar o princípio da continuidade do serviço público com o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a lei determina que, a paralisação somente poderá ocorrer depois de decorrido o prazo de 90 dias de atraso nos pagamentos devidos pela Administração. Caso isso ocorra, além de suspender a execução do contrato, o contratado poderá requerer a sua rescisão.

No entanto, dada a possibilidade de grave lesão ao interesse público, mesmo ultrapassado o prazo de 90 dias, a oposição pelo particular da

exceção do contrato não cumprido, não se aplica em casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

## **10 Convênios administrativos**

José dos Santos Carvalho Filho conceitua os convênios administrativos:

Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.

Observe que convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes. José dos Santos Carvalho Filho ensina que, pode admitir-se que ambos os ajustes enquadram-se na categoria dos contratos lato sensu, pois, neles estão presentes os elementos essenciais dos negócios consensuais. Todavia, entre eles, os contratos serão considerados stricto sensu, vale dizer, como uma das espécies da categoria genérica dos contratos.

Embora tanto o convênio, quanto o contrato, tenham em comum o fato de ser um acordo de vontades, com este não se confunde. No convênio os interesses dos signatários são comuns. Por sua vez, nos contratos, os interesses são opostos e contraditórios.

Observe que nos convênios, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro, que é o almejado pelas partes no contrato. Conforme exemplifica José dos Santos Carvalho Filho:

Num contrato de obra, o interesse da Administração é a realização da obra, e o do particular, o recebimento do preço. Num convênio de assistência a menores, porém, esse objetivo tanto é do interesse da Administração como

também do particular. Por isso, pode-se dizer que as vontades não se com- põem, mas se adicionam (CARVALHO FILHO, 2015, p. 228).

## **11 Interesses divergentes e interesses convergentes**

Ainda, temos que nos contratos existem apenas dois polos, pois, a relação jurídica é bilateral, mesmo que, eventualmente, possa aparecer mais de um contratante num dos seus polos. Já no convênio é possível a existência de vários pólos, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais polos.

O vínculo jurídico nessa modalidade de ajuste não é rígido como nas relações contratuais. Como regra, cada pactuante pode denunciar o convênio, retirando-se livremente do pacto, de modo que, se só há dois partícipes, extingue-se o ajuste. Se vários são os partícipes, todos podem decidir livremente pela extinção. Nesse caso, se um deles resolve abandonar a cooperação, o convênio pode prosseguir entre os remanescentes.

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 116, estabelece que ela é aplicável, no que couber, a convênios e outros acordos congêneres. Ressalte-se que no convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo.

Quanto à formalização dos convênios, são normalmente consubstanciados através de “termos”, “termos de cooperação”, ou mesmo com a própria denominação de “convênio”. José dos Santos Carvalho Filho explica que:

Mais importante que o rótulo, porém, é o seu conteúdo, caracterizado pelo intuito dos pactuantes de recíproca cooperação, em ordem a ser alcançado determinado fim de seu interesse comum. Tendo a participação de entidade administrativa, é fácil concluir que esse objetivo sempre servirá, próxima ou mais remotamente, ao interesse coletivo. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 229).

A Constituição vigente não se refere expressamente aos convênios no conjunto de regras que tratam da partilha de competências, - mas deixa a possibilidade de serem ajustados, nos termos do art. 23, parágrafo único:

Art. 23. (...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Ocorre que, esta mesma Constituição prevê, no art. 241, expressamente, que será instituída pelos entes federados, através de lei, a disciplina de consórcios públicos e convênios de cooperação, com vistas à gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência serviços. Observe:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Vale registrar que o parágrafo único do art. 84 da Lei 13.019/2014 (com redação dada pela Lei 13.204/2015), combinado com o art. 84-A do mesmo diploma legal (com a redação adotada pela Lei 13.204/2015) limitou a celebração de convênios (regidos obrigatoriamente, naquilo que couber, pela Lei 8.666/1993) às hipóteses de:

- a) Convênios firmados entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;
- b) convênios firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para participar de forma complementar do sistema único de saúde.

Com efeito, a partir da referida alteração legal, as parcerias que venham a ser firmadas pelos entes públicos com entidades privadas sem fins lucrativos (exceto a que tenha por objetivo a participação complementar do Sistema Único de Saúde) não poderão mais ser objeto de convênio, devendo ser formalizadas por meio de termos de colaboração, termos de fomento, acordos de cooperação, termos de parceria e contratos de gestão.

## **12 Consórcios**

A Lei nº 11.107/2005, com fundamento no art. 241 da CF, passou a dispor sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, destinadas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visando à realização de objetivos de interesse comum desses entes estatais e promovendo a gestão associada a que alude o citado mandamento constitucional.

A lei federal regula, de forma geral, a formação do pacto cooperativo, cuja a competência legislativa é da União Federal. Tal lei, contudo, não exclui as leis dos demais entes federativos no que tange à decisão sobre a conveniência, ou não, da participação no consórcio. José dos Santos Carvalho Filho registra que os consórcios, tradicionalmente, nada mais eram do que convênios, instrumento em que pessoas públicas ou privadas ajustam direitos e obrigações, com o objetivo de alcançar metas de interesse recíproco. A diferença entre ambos, nos termos da Lei nº 11.107/2005, é que os consórcios públicos passaram a espelhar nova modalidade de negócio jurídico de direito público, com espectro mais amplo do que os convênios administrativos.

Os consórcios públicos possuem natureza jurídica, de negócio jurídico plurilateral, de direito público, com o conteúdo de cooperação mútua entre os pactuantes. É negócio jurídico, pois, as partes manifestam suas vontades com vistas a objetivos de natureza comum que pretendem alcançar. É plurilateral, porque admite a presença de vários pactuantes na



relação jurídica. É de direito público, tendo em vista que, as normas que o regem, dirigem-se para os entes públicos que integram esse tipo de ajuste.

Os consórcios retratam cooperação mútua, ou seja, os interesses não são antagônicos, como nos contratos, mas paralelos, pois, refletem interesses comuns. O objeto dos consórcios públicos é a realização de atividades e metas de interesse comum das pessoas federativas consorciadas, nos termos do art.1º da lei. Assim, por meio deste, os entes estatais, preservando sua autonomia, associam-se a outras pessoas estatais para alcançar metas comuns. Os consórcios públicos foram pensados para a realização de serviços públicos que, por sua natureza ou extensão, requerem a presença de mais de uma pessoa pública para efetiva execução.

A formalização que decorre do ajuste apresenta uma peculiaridade: com o ajuste das partes, é necessária a constituição de uma pessoa jurídica, sob a forma de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

Observe que esta personalização do negócio jurídico não é exigida nos convênios, onde os pactuantes associam-se, mas sem que seja necessária a constituição de pessoa jurídica. Os direitos e obrigações decorrem apenas do instrumento pelo qual se formalizarem. Conforme observa José dos Santos Carvalho Filho:

Quanto ao conteúdo, não há distinção, pois que em ambos os casos os participantes estão associados para fins comuns. Quanto à forma, no entanto, os consórcios públicos exigem a criação de pessoa jurídica, o mesmo não sucedendo com os convênios em sentido estrito e com os tradicionais consórcios administrativos (CARVALHO FILHO, 2015, p. 233).

Há dois requisitos formais prévios à formação do consórcio:

- 1) O ajuste somente efetiva-se com prévia subscrição de protocolo de intenções (art.3º).
- 2) Firmado o protocolo, deverá este ser objeto de ratificação por lei (art. 5º), que poderá ser dispensada se a entidade pública, ao momento do protocolo, já tiver editado lei disciplinadora de sua participação no consórcio.

Com a associação de vários entes públicos, o consórcio público poderá assumir a forma de associação pública, caso em que terá personalidade jurídica de direito público e integrará a Administração Indireta das pessoas federativas consorciadas (art. 6º, § 1º).

Poderá, ainda, instituir-se como pessoa jurídica de direito privado. Neste caso, seu quadro de pessoal terá regime trabalhista. O regime jurídico geral, entretanto, será híbrido: incidem normas de direito privado e de direito público, como as que se referem a licitações, contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Acerca deste assunto, observe o comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Dependendo da forma como se organizarem, os consórcios terão personalidade jurídica de Direito Privado (o que é autêntica aberração), sem fins econômicos ou de Direito Público (a rt. 1º, parágrafo 1º e art. 6º), sendo que nesta última hipótese farão parte da administração indireta de todos os entes consorciados (art. 6º, parágrafo 1º) (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 657).

Com relação às associações públicas, a Lei nº 11.107/2005, para assim qualificá-las, alterou o art. 41, do Código Civil, que enumera as pessoas jurídicas de direito público interno. No inciso IV, onde constava apenas “autarquias”, passou a constar “autarquias, inclusive as associações públicas”.

Os consórcios públicos devem ainda constituir o contrato de programa (art. 13), condição de validade da constituição e regulação de obrigações que, uma pessoa da federação assume para com outro ente

estatal ou para com consórcio público, com o objetivo de implementar gestão associada, através da qual sejam prestados serviços públicos ou transferidos, total ou parcialmente, encargos, serviços, pessoal ou bens necessários à consecução dos serviços transferidos. O contrato de programa continua a vigorar ainda que seja extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação, pelos quais foi autorizada a gestão associada dos serviços públicos. Não obstante, será extinto o contrato, no caso de a pessoa jurídica não mais integrar a administração indireta; não se extinguirão, contudo, as obrigações, cujo descumprimento não provoque ônus a ente federativo ou a consórcio público.

Veja que a Lei nº 11.107/2005 alterou a Lei nº 8.429/1992, que regula os casos de improbidade administrativa, introduzindo os incisos XIV e XV no art. 10 deste último diploma. Assim, passaram a configurar improbidade administrativa:

- a) A celebração de qualquer ajuste para gestão associada sem a observância das formalidades previstas na Lei nº 11.107;
- b) a celebração de contrato de rateio de consórcio sem prévia e suficiente dotação orçamentária, ou sem a observância das exigências impostas na lei.

### **13 A Lei 13.303/2016**

A Lei 13.303/2016 dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É conhecida como a “Lei da Responsabilidade das Estatais” ou simplesmente de “Lei das Estatais”. Esta lei disciplina a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, por intermédio de suas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por meio desta lei são estabelecidos mecanismos de transparência e governança, a serem observados pelas estatais, tais como regras para divulgação de informações, práticas de gestão de risco, códigos de conduta, formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, entre outras. Analisaremos, a seguir, as principais características da Lei 13.303/2016.

### **a) Alteração do contrato**

Uma das características mais marcantes do regime jurídico dos contratos administrativos (disciplinados pela Lei 8.666/1993) é a possibilidade de o Poder Público alterá-lo, unilateralmente, dentro dos limites previstos na lei, com o objetivo de melhor adequá-lo ao interesse público. No entanto, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, tal privilégio não é admitido. Nessa linha, a Lei 13.303/2016 afirma que os contratos por ela regidos, somente poderão ser alterados por acordo entre as partes (art. 72, caput).

Em havendo acordo à alteração contratual, a Lei estabeleceu limites de valores para acréscimos contratuais que se façam necessários. Seguem os dispositivos da LRE que tratam dos limites a serem obedecidos para acréscimo ou supressões aos valores de obras, serviços, compras ou reforma de edifício ou equipamento:

Art. 81. (...)

§ 1º O contratado poderá aceitar nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Tendo em vista que a lei não explicitou qual a natureza das alterações, que poderiam resultar em acréscimos ou supressões de valores contratuais, temos que as alterações contratuais referem-se tanto ao aspecto quantitativo, quanto ao aspecto qualitativo.

#### **b) Rescisão do contrato**

A rescisão contratual é a extinção do vínculo contratual durante a sua execução. Nos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/1993, a Administração possui a prerrogativa de rescindir, unilateralmente, o vínculo contratual, ainda que não haja previsão expressa no contrato. Já, na Lei de Responsabilidade das Estatais, não há previsão de rescisão unilateral do contrato por parte das empresas públicas ou sociedades de economia mista. Portanto, se uma estatal pretender rescindir algum contrato, poderá fazê-lo de forma amigável, por acordo, ou via judicial, tal como ocorre nos contratos privados.

#### **c) Fiscalização da execução do contrato**

Assim como os contratos administrativos, os contratos celebrados pelas estatais estão submetidos à fiscalização dos órgãos de controle externo e interno, e também ao controle social. Para viabilizar o controle social, por exemplo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão disponibilizar para conhecimento público, por meio eletrônico, informação completa sobre a execução de seus contratos e de seu orçamento (art. 88, caput). Ainda, a lei autoriza qualquer pessoa, em caso de irregularidade nas estatais, a representar ao tribunal de contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno. Existem, por óbvio, informações de caráter sigiloso que não podem ser divulgadas ao público,

sob pena de prejudicar a atuação da empresa, ou mesmo comprometer a segurança pública.

#### **d) Aplicação de sanção**

Nos contratos celebrados pelas estatais, da mesma forma que nos contratos administrativos, há a possibilidade de aplicação direta de sanções administrativas aos contratados. Assim, pela inexecução total ou parcial do contrato poderão ser aplicadas, desde que garantido o direito à prévia defesa, as seguintes penalidades (art. 83, I a III):

- a) advertência;
- b) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; e
- c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a dois anos.

Das sanções previstas, a multa é a única que pode ser aplicada de forma cumulada com as demais penalidades, desde que tenha sido prevista no instrumento convocatório ou no respectivo contrato. Há ainda a possibilidade de a estatal, para efeito de quitação da multa, descontar o valor da garantia prestada ou dos pagamentos eventualmente devidos ao contratado.

#### **e) Impossibilidade de ocupação temporária**

Não existe na LRE a prerrogativa de as empresas estatais ocuparem, temporariamente, bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato. Diferentemente, na disciplina prevista na Lei 8.666/1993, a Administração pode usar tal prerrogativa, que se configura como cláusula exorbitante, quando necessitar acautelar a apuração administrativa de faltas contratuais ou, no caso de rescisão contratual, com o objetivo de garantir a continuidade da prestação de serviço essencial.

**f) Exigência de garantia**

As empresas públicas e as sociedades de economia mista podem (não são obrigadas), exigir garantia daqueles com quem vão contratar. A Lei 13.303/2016 prevê que, em sendo exigida a garantia, o contratado poderá optar por uma das seguintes modalidades (art. 70, § 1º, I a III):

- a) caução em dinheiro;
- b) seguro-garantia; ou
- c) fiança bancária.

A LRE estabelece que a garantia exigida não possa ultrapassar 5% do valor do contrato, salvo nos casos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, hipótese em que o limite da garantia poderá ser elevado para até 10% do valor do contrato (art. 70, §§ 2º e 3º). A exigência de garantia ao contratado tem por objetivo assegurar o pagamento de multas e indenizações devidas à contratante.

**g) Impossibilidade de retomada do objeto por ato próprio da contratante**

Nos contratos administrativos, em caso de rescisão, a Lei permite à Administração, por ato próprio, assumir, imediatamente, a posse do objeto contratado, no estado e no local em que se encontrar. Na disciplina da LRE, as estatais não possuem esta prerrogativa, razão pela qual só poderão assumir a posse do objeto contratado, por meio de acordo com a contratante, ou em virtude de decisão judicial.

#### **h) Aplicação sem restrição da *exceptio non adimpletium contractus***

Nos contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, quando uma das partes descumpre o contrato, a outra pode também, sem qualquer restrição, deixar de cumpri-lo enquanto o contratante inadimplente não regularizar a situação. Portanto, para a LRE, não há restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpletium contractus*), por qualquer das partes.

Diferentemente, nos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/1993, o contratado só pode deixar de cumprir o contrato se inexistir calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, e a Administração atrasar os pagamentos devidos ao contratado por mais de 90 dias.

#### **Referências**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

DE DEUS, João. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Jusbrasil. Publicado em 24 set. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760367/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3026-df/> Acesso em 29 jan. 2021.



\_\_\_\_\_.dizerodireito. A Lei 13.448/2017 e o instituto da relicitação. Publicado em 06 jun. 2017. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/a-lei-134482017-e-o-instituto-da.html>. Acesso em: 30/01/2021.

\_\_\_\_\_.dizerodireito. Breves comentários ao Decreto 9.412/2018, que atualizou os valores previstos no art. 23 da Lei de Licitações. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/breves-comentarios-ao-decreto-4122018.html>. Acesso em: 02/01/2021.

\_\_\_\_\_.fortesjr. Breves comentários ao Decreto 9.412/2018, que atualizou os valores previstos no art. 23 da Lei de Licitações. Publicado em 21fev. 2017. Disponível em: <http://www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-no-brasil/> Acesso em: 04/01/2021.

\_\_\_\_\_.qconcursos. Resumo & Infográfico: O que é Licitação? Publicado em 14.mar.2017. Disponível em: <https://www.qconcursos.com/blog/concursos-publicos/o-que-e-licitacao/> Acesso em: 04/01/2021.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**

**[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)**